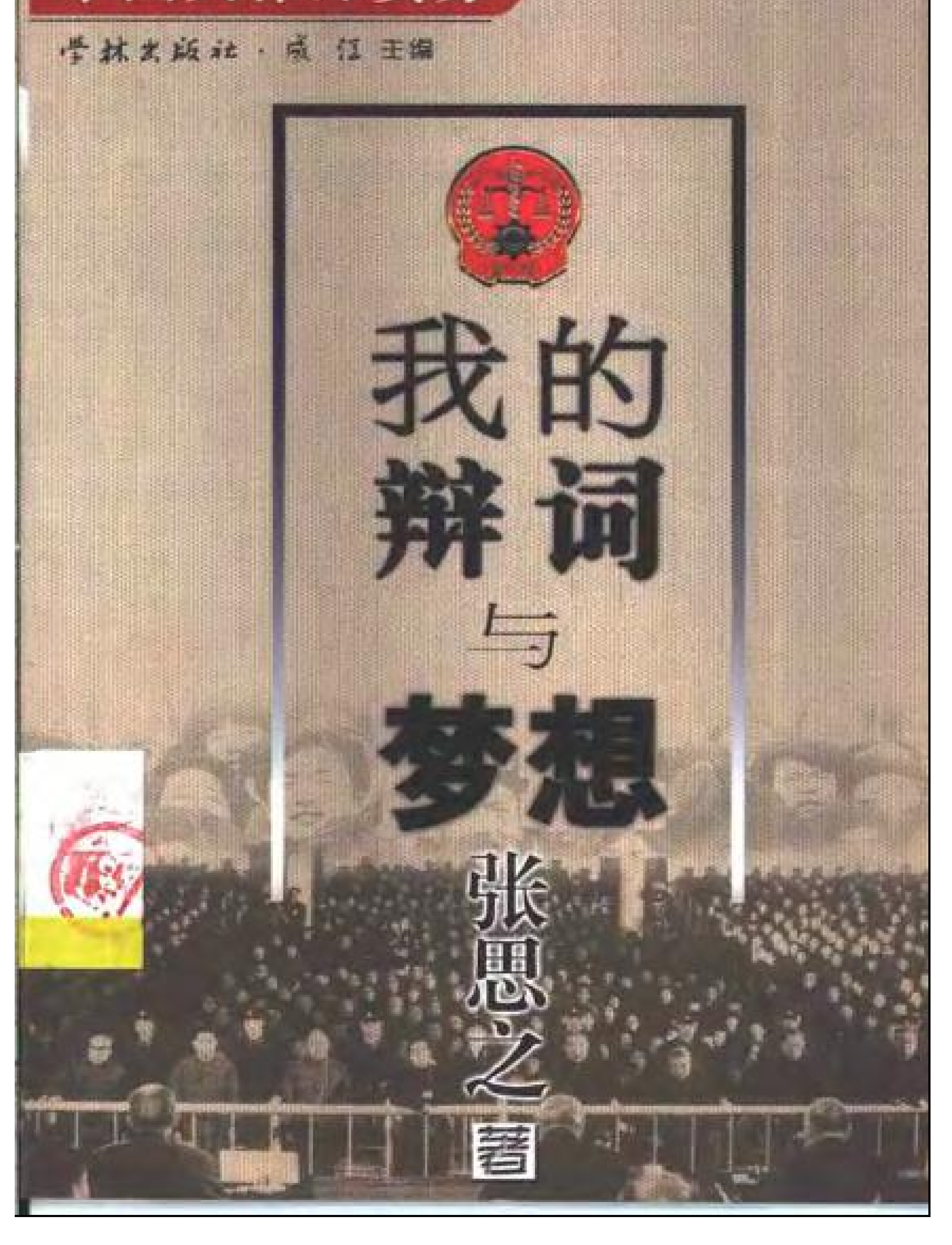
中国大律师实务

学林出版社·成红 主编



中国大律师实务

学林出版社 · 成任 主编

我的辩词与梦想

张思之 著



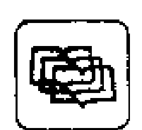
图书在版编目(CIP)数据

我的辩词与梦想/张思之著.—上海:学林出版社,2001.3
ISBN 7-80668-016-0

Ⅰ.我… Ⅱ.张… Ⅲ.律师-辩论-汇编-中国 Ⅳ.D926.5

中国版本图书馆CIP数据核字(2000)第74238号

我的辩词与梦想



作　　者——张思之
丛书主编——成　江
责任编辑——王斤法　周清霖
装帧设计——早早美术设计工作室
出　　版——学林出版社(上海钦州南路81号)
电话:64515005　传真:64515005
邮编:200233
E-mail:xuelinph@online.sh.cn
发　　行——新华书店上海发行所
学林图书发行部(文庙路120号)
电话:63777108　传真:63768540
邮编:200010
照　　排——南京理工排版校对有限公司
印　　刷——上海长阳印刷厂
开　　本——889×1230　1/32
印　　张——18.25
字　　数——458,000
插　　页——2
版　　次——2001年3月第1版
2001年3月第1次印刷
印　　数——10000
书　　号——ISBN 7-80668-016-0/D·1
定　　价——38.00元

出版前言

随着社会法律制度的完善，公民在社会生活中会越来越依赖律师，大家不仅懂得该做什么，同时应该知道怎样才能获得法律提供的更大的自由空间，而律师的职责就是维护当事人的合法权利。国家没有律师存在，就没有民主存在；律师架设的是法制通达民主的桥梁。争取做一个好律师和找一个好律师来规范社会生活的读者都会在我们出版的《中国大律师实务》丛书里找到大律师的风范。

《中国大律师实务》丛书的著作者均是业务精湛、有真才实学的律师从业者；内容为他们的办案过程和办案的心得体会，有经验有过失；涉及社会生活的方方面面，辩词诉状原汁原味。案件有案件的发展轨迹，律师有律师的精彩辩护，法院有法院的判决理由。出版者自不妄加评论。

学林出版社

序

1989年深秋,思之先生从美国回京后,不再担任《中国律师》杂志社的主编,也不继续在大学开课,有了条件集中精力从事律师实务。我写信给先生,希望跟随他做律师业务。这本书中收入的辩词,大都出自九十年代,其中涉及的大部分案件,我有幸参与。

"以事实为依据,以法律为准绳",这是我从学习法律的第一天起就烂熟于心的两句话,也是所有法律工作者——无论是公、检、法还是律师,都应当奉为圭臬的基本准则。然而跟随思之先生办理的第一起刑事案件——王哲"杀人案"后,我才第一次明了这两句话的含义,也才第一次获得了一种神圣的使命感——在一个现代的法制社会里,为什么还需要律师!

王哲"杀人案",根据公安局侦查结论,杀人之前王曾与第二被告刘跃辉和一名叫刘海青的青年就杀人事共谋,但查阅卷宗却未见刘海青的材料,只是公安局出具了一份"证明",说刘海青在逃。那天我们从法院看卷出来,思之先生突然说:"我们去找刘海青。"我说公安局不是说他在逃吗,到哪里去找? 思之先生说"我不相信他外逃"。于是我们辗转找到刘海青的家,透过掀起一角的厚棉帘子,看见阴暗低矮的平房内,进门就是一只大大的铁盆,里面装着鲜血淋漓的牛体脏器,牛头摊在地上,方知他家是杀牛的屠户。因为寒冷和恐惧,我忍不住地发抖。稍顷,"在逃犯"刘海青从棉帘子下面钻出来,一个蓬头垢面发育不良的少年,问他公安局或者检察院或者法院是否找过他,回答令人震惊:"从来也没有。"问他是否

离开过本市，说："也没有。"他告诉我们："我没密谋过杀人，我也没有逃跑过。"这件事使我深刻地感到，律师实务中的正确判断，往往来自敏锐的洞察力、丰富的阅历及经验。事实证明思之先生的判断非常准确，所谓"密谋杀人"一节，完全是杜撰。这件事给了我第一个认识：执法者有时也会因为某种需要而撒谎。它告诉我，怀疑以及怀疑的能力是律师在执业中必须具备的态度与素质。这在我们所接受的法律教育中是不可想象的。开庭前夕，在查阅卷宗的过程中，又发现卷宗有明显的缺页，多方查询，终于得知惊人内幕：缺页内容是一份关于被害人最后露面时间的证词，证人是被害人的直接上级，他证明被害人被杀的当日上午10点半左右曾与他见面，但起诉书断定的被杀时间是当日早上7点前后，主审法官于是将这份证言从卷中撕去了！这分明是毁灭证据！对此，这位法官在法庭上说，他的做法经过"工作组"的批准，并提出"希望北京的律师谅解"。思之先生断然拒绝，声言"无论谁批准，都是违法的"！执法者也会违法——这是我得到的第二个认识。开庭的当天，我得到了第三个认识：并不是法律规定的权利都能够被实际享有，尤其是律师的诉讼权利，往往被强行剥夺。思之先生在法庭上为律师的每一项诉讼权利和被告的每一项合法权利进行抗争，比如被告要求回避的理由被无理驳回，比如律师要求传唤的证人被无理拒绝等等，这些，在先生的辩词中都有反映。如何在法庭上应对和抗争，真是一门艺术。

我一直认为，应当将王哲案作为刑事诉讼证据学的典型案例进行剖析，同样的案例还有河南曹海鑫案。思之先生关于曹案的辩词，以缜密的分析驳倒了起诉书、判决书对基本案情的描述，揭示了这些司法文书的矛盾，证明着指控的失实与失误。这更加说明，对于诉讼中证据的运用的规则及程序的立法是保障司法公正的重要制度之一。

有人说："应该胜诉的案件，没争取到胜诉的结果就不是好律

师。”以此标准看，似乎思之先生不能算是个“好律师”，因为他不断地面对败诉，也经常自嘲为“屡败屡战”；然而，透过他的辩词，人们所看到的，将不仅仅是个案的成败，而且有社会主义初级阶段的中国司法制度的现实以及负有使命感的中国律师为改变现状而特有的执著。思之先生对他所承办的每一案件无不倾注了大量心血，每一篇辩词都是精心之作。每次重读，都会被其缜密的思维、严谨的文字和精确的法律见解所折服。他在语言（文字）上的用力尤多，特别值得重视。

无论承办的是什么性质的案件，思之先生每一次出庭，都充满维护法律的神圣激情和对司法公正的不懈追求。曾经有法官当庭对他说：“发言不要带感情色彩。”思之先生针锋相对，回答道：“对不法现象、违法情事不表义愤，不带感情色彩，对律师来说，是失职。”正是这种神圣激情，正是这种人格力量，加格达旗的法庭内外才会掌声如潮，群众高呼“人民律师万岁”。

思之先生从没有因为律师工作的诸多困难面放弃努力。记得李显斌案，当我们根据山东省高级法院的通知，匆匆赶到济南，刚刚开始阅卷，主审法官就已在先一日带着打印好的判决书出发青岛向被告人宣读判决了。面对这样的司法现实，思之先生仍然认真工作，一丝不苟地提交书面辩词，为的是留给历史！对一些众所周知、高层关注的案件，思之先生也不因判决的不可改变而有保留！

思之先生还多次出庭为被指控为“颠覆政府”的人辩护。尽管是依法辩护，但在某些至今仍然把法律当作权力的奴仆的人看来，这似乎也有“对抗政府”之嫌。可以想见，办理这类案子，需要何种勇气和忠于法律的公心！著名法学家江平先生评价思之先生“一身胆气，不畏权势，只向真理低头”是恰如其分的。这些体现思之先生胆量和品格的辩词，由于众所周知的原因，这次未能编入书中，不能不说是一个缺憾；但我相信当我们的社会步入更加成熟的

那一天，思之先生的这些辩词一定会如同他的其他辩词一样，十分正常地和读者见面的。

思之先生在办案之余，对所热爱的律师事业，对所关注的社会问题特别是司法领域的问题，常直抒胸臆，运笔著文，或歌颂，或挞伐，无不流露着对真善美的爱和对假恶丑的恨。如果说辩词展现了先生的滔滔辩才、铮铮铁骨，他的杂文、散文，则让你看到一位情感细腻、充满豪情、面对不平拍案而起的真性情中人！他为台安三律师的蒙冤、广东王向光律师因执业无辜入狱而奔走呼号；《南行办案观感实录》所写的种种现实，于沉重之中，让你对我们所身处的社会环境产生更深层的思考。对于律师事业，先生更是表达了无限热爱，寄予无限希望。曾经有一位著名的记者朋友两年前读了先生的另篇《〈我的辩词与梦想〉前言》后，赞叹：真是一篇美文！

思之先生从不以"名律师"或"大律师"自居，从不怠于办"小案子"；他也从不拒绝来自年轻晚辈的意见。他的真诚，他的天真，他的宽容谦和，使得我常常因为观点不同而无所顾忌地与他激烈辩论，他因此而吸引了周围许多年轻朋友乐于和他一道工作。思之先生要我为他的这个集子作序，我深知他提携后进的美意，但作为学生，确感力有不逮，但最后还是依了"恭敬不如从命"的那句老话，不揣浅陋，写下这些跟随先生学习的体会，聊以为序，并就教于先生和读者诸君。

傅可心

2000年12月1日

傅可心：1985年毕业于北京大学。1987年取得律师资格。在北京当律师。



1979年，本书作者曾出任“两案”辩护小组负责人。照片左三为坐在特别法庭辩护人席上的张思之。

目　　录

漫漫律师路

前言

律师的辩词，于推断事理、明辨是非、维护人权、提高情操之中，应能展示出合法与枉法，民主与专断，正义与邪恶，进步与倒退的矛盾和交锋，进而发挥其善善恶恶、爱爱仇仇的无可替代的作用；因之不仅必然地蕴涵着律师的才能、水平、风骨、品格乃至气度，而且集中地反映着制作者的世界观——总之，是律师综合素质的艺术性体现。有鉴于此，期待它美如秋菊春兰，质似冬梅夏莲，纷呈异彩，动人心魄，也就在情理之中了。有志于此虽久，终无能达到这个高度，愧对同道，时时自惭。

我的辩词，虽有议论却无哲理，能见激情而乏诗意。更进一步审视深究，即在“议论”之中也是多“交锋”而少“交流”；抒发“激情”之时，又因语言欠美而尽失高雅，距“诗意”够上八千里路了。问题在于：“交流”的重要性往往不亚于“交锋”，它能增强辩词的说服力，从而有助于与各方力量在法律的基础上达到共识，更好地维护当事人的合法权益，最大限度地维护神圣国法的尊严。至于“诗意”，与韩愈“言有穷而情不可终”的意趣相近，是感染力的要求，精彩辩词自不可缺，否则何以动人？虽实践经年，也终未进入这种境界，对此既不能怨天，更不敢尤人，根源在于修养不够、知识贫乏。对当代律师，知识的及时更新是迫切、普遍、经常性的要求；而在我，由于历史的原因，所缺更宽更甚，可以说是亟需“十全大补”。无奈落日迟暮，时不我待，纵残生一搏，不知能否减却“悲切”！

明知不佳仍辑集付梓，除了其间留有泪痕心迹、并无假话聊堪

自慰之外，更因其或有史料价值可供参考；或能察知近二十多年来司法—审判制度建设中的得失，可见证据制度及其运用中的种种不足和弊端，从而证明证据立法的必要与迫切；或能获知中国律师制度的亟待健全与完善；总之传出了一个律师的轻声低吟——非悦耳情歌，属不平之鸣；无歌有声，毕竟能说明中国律师面对着现时的执法环境，在艰难前行中并未沉默。

孰料恰在集成交稿的同时，艺术大师黄老宗江先生传来他的《读林昭》，给了我极其猛烈的震撼。

林昭是谁？——

一代才女，一生革命；纯正无邪，先知笃行；宁鸣而死，不默而生；惨遭冤杀，年仅三十六岁。

她1957年在北京大学诗坛上诵诗："我是剑，我是火焰！"由是犯忌。她曾在致妹书中剖白心迹："我热爱党的程度是压倒一切的！"但不久，竟被所爱断为敌人，投进了昏暗无光的大狱，又"决不低头认罪"，"把黑发留得极长，齐根扎了一条白手帕，宛如戏台上的窦娥"。她已一无所有，也没有当代巨儒李锐老曾在秦城狱中用以写诗的"龙胆紫"来涂抹诗章，唯凭斑斑滴血——"将这一滴注入祖国的血液里/将这一滴向挚爱的自由献祭。"她血诗问天："难道说一个真实、美好的黎明，竟永远不能在你(祖国)大地上面升起？"她悲愤疾呼："殉难者的血迹，谁能抹去？"抹不去的鲜血写下"历史将宣判我无罪！"(引文均见黄宗江《读林昭》)

她生不逢时，没熬过那史无前例最为黑暗、极其反动、无法无天、尽失情理的岁月。五毛钱一粒的子弹，红色恐怖的枪声，压熄了这位才华出众、风流绝代的巾帼豪杰心中的熊熊火焰，一把挥斩邪恶的利剑，销铄成灰，随滔滔浦江东去。千古奇冤，又添新叶，临风怀想，问民冤何日能绝？一部审判史，不知会怎样地写下这一例？在当代中国历史的进程中，又当怎样地把这尊光芒四射的形象高高树起？

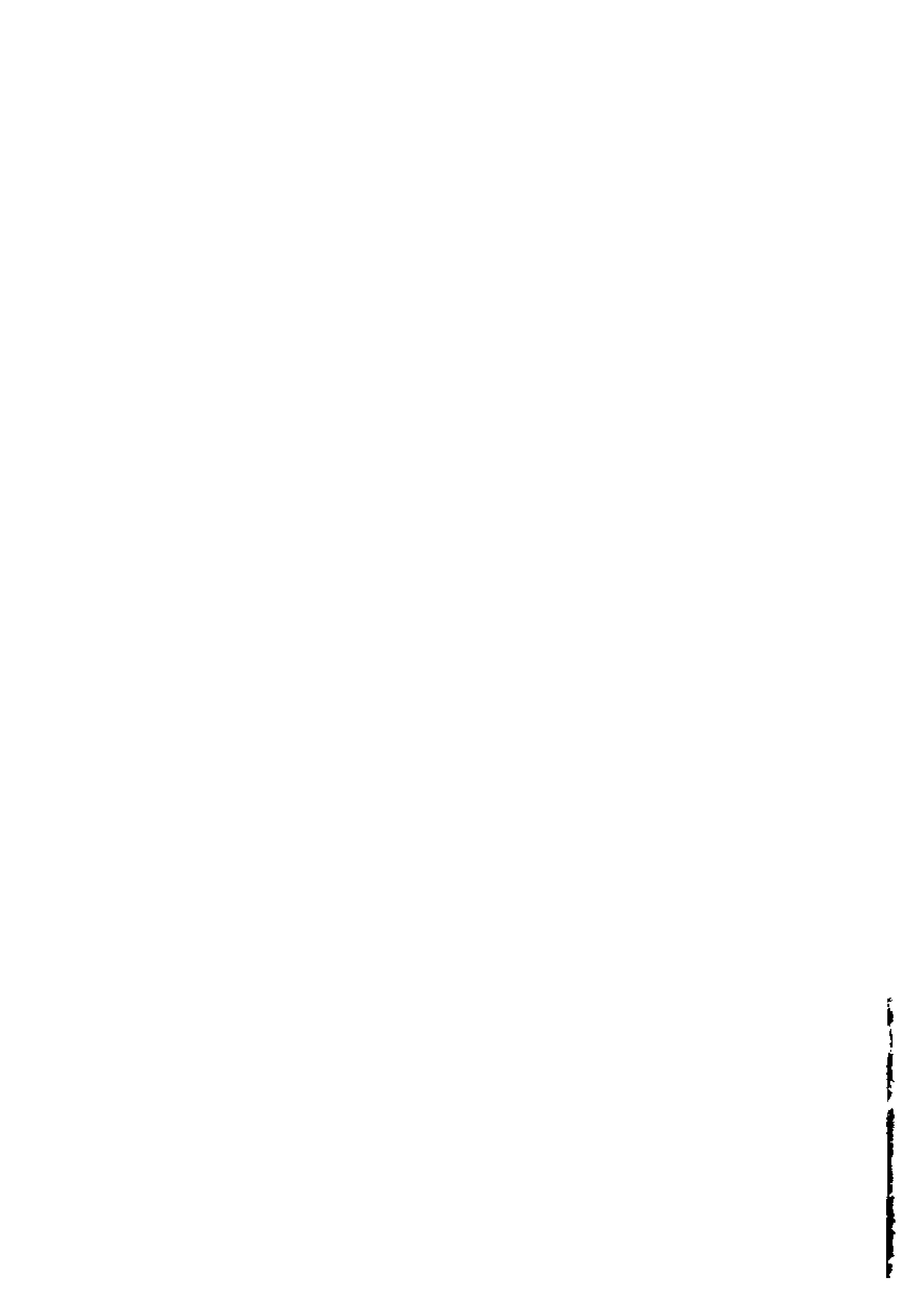
犹记人们在纪念张志新烈士时为她写下了辩护词，那么，林昭呢？我们怎么连声音都消失了呢？可是，我想，倘无勇气或者竟然无能为她写出合格的辩词，何以为中国律师！

后死责任重。有生之年，矢志追随先贤，以血用笔“向挚爱的自由献祭”！

……

此时此刻，此境此情，唯求给我以督促和激励，此外已无话可说。诸君能否谅我？

2000年10月30日，北京



铮铮辩护词



在审判“四人帮”的法庭上

特别法庭宣示判决书。审判台右侧为辩护席，前排中为张思之。



为李作鹏辩护的辩护词

特别法庭审判长、各位审判员：

我们作为被告人李作鹏的辩护律师，自始至终参加了法庭调查。庭审活动符合刑事诉讼法的规定，保护了被告人的合法权益。刚才我们又听取了检察员发表的支持公诉的意见。现在我们为李作鹏作如下的辩护：

第一，被告人李作鹏被指控在林彪反革命集团的共同犯罪活动中，是一名主犯，业经法庭调查证实。法庭调查还证实，林彪是这个反革命集团的为首分子，应对这个反革命集团的共同犯罪负首要责任。

根据这一情况，我们认为，在确定李作鹏的刑事责任时，除应考虑到他在这个集团中所处的地位，在实施犯罪中所起的作用外，还应具体地分析他参与实施犯罪的程度。为此，我们请法庭考虑以下情节：

（一）法庭调查的结果，证明林彪反革命集团的主要罪行是利用各种手段，甚至阴谋杀害毛泽东主席，策动武装政变，推翻无产阶级专政的政权。在这个集团性的共同犯罪中，李作鹏有他不可推卸的责任。但是，从法庭的查证来看，李作鹏并没有参与制订《"571 工程"纪要》一类的反革命武装政变策划，没有证据证明他直接参与策动了武装政变的反革命活动。

（二）起诉书指控李作鹏犯有向黄永胜密报毛泽东主席南巡谈话的罪行。但经庭审调查，没有证据证明，他告诉黄永胜上述谈

话的目的是为了促使林彪“下决心采取行动杀害毛泽东主席”。此外,庭审调查也没有证据证明,他在此以后参与了杀害毛泽东主席的阴谋策划。

（三）起诉书指控林彪反革命集团犯有南逃广州、另立中央、分裂国家的罪行,涉及到李作鹏。经庭审调查,同案被告人江腾蛟在1980年8月31日关于南逃活动的供词中证明:周宇驰等人按照林彪命令策划的南逃具体行动计划和实施步骤是由王飞以林彪名义,电约黄永胜去机场,再由黄出面电告李作鹏等人到机场会齐,然后南逃广州。这个安排,由江腾蛟、王飞等人负责实施。江腾蛟的供词,在王飞1971年12月8日的供词中得到了证实。可见,在“南逃广州,分裂中央”这个犯罪活动中,不能证明李作鹏参与了策划。

（四）起诉书指控李作鹏犯有诬陷罗瑞卿总参谋长,迫害海军大批干部、群众的罪行。他在这方面的罪行,有些是在林彪的直接指使或授意下进行的。关于诬陷罗瑞卿,林彪于1965年11月先后命秘书和叶群电告李作鹏,要他围绕海军的斗争揭发罗瑞卿。叶群露骨地说“罗有野心”,要李作鹏警惕。于是,李作鹏伙同王宏坤、张秀川当天报了诬陷罗瑞卿的材料,参与实施了陷害罗瑞卿的犯罪活动。

在诬陷、迫害海军干部和群众这一罪行中,林彪曾直接指使李作鹏,“很好,把材料给我整出来……”并限定“三天交卷”。于是,李作鹏按照林彪的授意,审定了所谓《海军党委内部两个司令部争论的几个主要问题》的材料,点了十二个人的名,随之进行了迫害。

审判长,审判员:上述具体情节中所包含的一系列具体区别,关系到量刑的轻重,我们希望法庭在追究李作鹏的刑事责任时,加以考虑。

第二,我们查阅了有关的案卷,有材料证明,李作鹏在预审中主动交待过林彪、叶群授意他诬陷罗瑞卿的罪行,并对叶群有所揭

发。这个情况经王宏坤、张秀川证明属实。这表明,李作鹏对这条罪行已有认识,并有所悔改。

审判长,审判员:李作鹏的上述的悔改态度,与他早年革命的历史没有必然的联系。而作为辩护律师,我们有责任说明这样的观点:在被告人开始认罪的基础上,对他过去的状况适当地给予考虑,对本案来说,可能会达到定罪量刑更为正确、更加恰当的结果。

综合以上的辩护意见,我们认为,被告人李作鹏的罪行,与本案首恶分子林彪、江青的罪行相比,无论在情节上或是在危害程度上,都有明显的区别。因此,我们建议法庭,按照区别对待和罪、罚相当的原则,对被告人李作鹏依法从轻判处。

1980年12月22日

注:本案与苏惠渔律师合办。本文见群众出版社《历史的审判》一书。

大兴安岭火灾中庄学义"玩忽职守案"

案 情 简 介

庄学义,南京林学院毕业,自愿到黑龙江省大兴安岭地区工作,长期在基层,"文化大革命"后被选拔为大兴安岭林业管理局所属图强林业局局长。

1987年5月7日,漠河林区大火迅速蔓延,20点整,庄乘车察看火情,20点25分到达所辖的育英林场时,两股大火扑来,其势迅猛,育英行将被吞没。庄当即指示育英林场副场长曾凡金动员群众撤离,并电告图强本部火势严重应立即采取相应措施,然后"匆匆离开育英"。

有关部门认为,庄的行为属于失职,因为他不留在育英部署灭火救灾,又放走了育英林场防火总指挥曾凡金,致使群众"失去组织领导……于20点40分左右,先后相继烧死和窒息死亡四十三人,经济损失2377万余元,损失惨重"。对此严重后果,他负有直接重要领导责任。为此指令检察院提起公诉。

审理中,控、辩双方辩论激烈,辩方坚持庄学义无罪,但被合议庭否定,判处庄有期徒刑三年。庄不服上诉,二审维持原判。庄提出申诉。

辩　护　词

一审辩护词

审判席：

我们参加今日庄案的诉讼活动，心情既复杂又沉重。因为：第一，这是一个原本极其简单但却被人为地复杂化了的案件；第二，我们面对的不仅有尊敬的公诉人和法庭组成人员，而且有蒙受了巨大自然灾害的大兴安岭人民。作为普通律师，我们既要面对法庭履行职责，请法庭审查；又应面对我们的人民讲出真情实感，请人民评判。

我们先就起诉书发言。

起诉书在它的最后提出了一个有关本案的重要命题："庄学义在'五·七'大火中，不认真履行其局长的职责。"这个命题显然含有两层意思：一、庄学义作为局长，应履行他的职责；二、他在整个'五·七'火灾中，都应认真地履行他的职责。这一实事求是的分析，无可争辩地揭示了起诉书（连同公诉词）的不合情理，因为在它的字里行间始终未见庄学义在整个'五·七'火灾中作为局长的全部活动，而只是摘取了一个不大的片断。这就不可避免地产生了片面性；片面性不会产生说服力是无需说明的。

关于起诉书摘取的片断，它概括为七个字，即"庄学义育英之行"。而后针对此"行"作了具体描述。起诉书的这些描述，在一系列关键性情节上，也就是在事实上，或者是不真实的，或者是不准确的，我们先举出以下几点为证：

一、起诉书说：庄学义5月7日晚上8点25分左右到达育英

林场办公室门前,“整个育英面临被大火包围吞噬的威胁”。这里,把火区的范围划定为“整个育英”,是准确的;其错误在于,所谓“面临被……吞噬的威胁”,与实际不符。通过庭审调查,连同全部案卷材料,大量的证言证实,起诉书所说的“(晚上)8点25分到达育英林场办公室前”的那个时候,甚至贮木厂连同贮木厂办公室都已被大火吞噬了,其他地段的火情可想而知。按照当时科学测定的大火以每秒十五米即每小时五十四公里的推进速度,真正面临被吞噬威胁的不正是图强局本部吗?这一点,按照起诉书的思路,可以说是衡量庄学义行为的是非、功罪的一个关键,因而不容含混。

二、起诉书在肯定庄于育英向曾凡金布置工作后,指出他“先后两次向党委书记报告育英火情并提出图强应采取的措施,然后便驱车前往综合厂方向,在铁路道口东侧停车,观看一下火情,于8点40分左右匆匆离开育英”,“仅在育英停留十五分钟时间”。

这段指控,是庄学义当时三个行为的概括,即:(一)通报了火情;(二)提出了措施;(三)驱车继续查看火情。可是,在当时那种大火天降的危急时刻,他的这三个行为有什么可以指责的呢?这三个行为与所谓犯罪又有什么联系呢?看来问题在于“匆匆”离开育英。起诉书就此作出的判断我们有两点不能同意:第一,“离开育英”这个概念是含混而不精确的,因为在庄离开林场办公室直到他一路疏散灾民、疏通要道的九拐、蘑菇树乃至“鸡场”等等地方,统属育英辖区,他在辖区之内奋力做了那么多组织工作,使许多人脱险离开火海,业经庭审调查核实,这怎么能说是“离开”育英?第二,在大火肆虐、烈焰扑人的极端危险时刻,所谓“匆匆”,正是机智聪敏的指挥员形象,难道大火压顶还非得“慢吞吞”地才算坚守岗位、才称得上指挥若定吗?遇事“慢慢来”是恶习,会贻误事业,起诉书的这个指控不能成立。

三、起诉书说,庄在育英向“曾凡金询问一下火情,只简单地让曾广播喊话通知群众疏散”。这个指控中也包含着庄的三个行

为,即:(一)询问火情;(二)布置喊话;(三)通知疏散。这些行为,不论当时还是现在,应当说都是无可非议的。按照指控,问题出在"只简单地让曾喊话"。可是,在那烈火突来、人力难挡的情势下,这"简单地"三字不正说明庄学义作为指挥员的果断与高效?如果在那时还要按部就班地例如开个几长会,首长动员,分领任务,制定落实,尔后贯彻执行,这自然不简单了,但行得通吗?我们不得不指出,为什么面临大火的"此景"还非得"复杂化"不可,"此时"搞点简单究竟何罪之有!

四、起诉书指控庄"没有亲自去各单位部署抢险救灾"。我们不再复述证据材料,仅就起诉书本身所承认的,庄在向党委书记通报火情对图强防火、救火作了部署之后,"便驱车前往综合厂方向",并"在铁道口东侧停车,观看火情"。我们要问:驱车前往,算不算"亲自"?综合厂是不是"单位"?观察火情是不是为了"部署抢险"?至于"各单位",当时已陷入火海,摄氏千度以上的高温热浪,伴着每秒十五米的超高速火势,漫说庄学义,试问谁能一一亲临?谁又能在大火突降、于是人自为战甚至人各逃生的特殊情况下,去进行什么组织部署呢?

五、起诉书指控庄"放走了育英地区防火总指挥曾凡金"。很明显,这里采用的手法是"一石二鸟"。一面说曾逃跑;另一面说庄放走了曾。曾是否"逃跑",另案审议。说庄"放走了"曾,却不能不辩:所谓"放走",关键在于让曾走向哪里,去干什么?庄命曾驾轻骑急速奔向图强直接报警,使图强一万五千之众有所准备,这难道不是为了抢险防灾?这难道不是积极的救火行为?这难道不是一种在特殊条件下的唯一可采取的正确权宜措施?这里有什么可以指责的呢?

令人不解的是:起诉书一方面承认庄是局长即防火总指挥,另一方面又不承认这位总指挥可以命令部署曾凡金亲赴图强报警,让去就是放人逃跑。这让总指挥如何履行他的职责呢?我们的观

点与起诉书的指控之间的分歧,焦点在于曾的出走育英是否必要。我们综合庭审调查核实的证据,得出这样的判断:曾当时出走,显然是为大火所迫,同时又是进一步救火救灾的需要;既是被迫的,又是必要的;无可指责。

审判长,以上并非起诉书中的不实、不足之处的全部;这里指出的五点已足能证明一个无可争辩的事实:这个起诉书在它的根本方面是全然站不住的,理应被人民法院依法驳回。

下面针对公诉人发表的公诉词,提出我们的见解,这将是我们的辩护的基本论点和主要论据。

直截了当地说,公诉人发表的公诉词中回避了两个非常重要的问题:一个是"五·七"火灾对于图强局来说,实是意外的天灾,非人力所能抗拒;一个是被告人的行为到底有没有社会危害性。

关于第一点,考虑到这是公认的事实,相信法庭能够予以充分注意,这里暂不详细陈述。

关于第二点,我们认为,法学常识告诉人们:对刑事被告人定罪的根据,只能是他的行为是否具有社会危害性,而人的行为是否具有社会危害性是客观的,不应因公诉人的主观意念,或者某位领导人的意志,或者新闻报道的宣传需要而有所改变。因此,对庄学义能否加罪,应看他的行为是否符合上面提及的刑法学原理,是否符合犯罪的概念以及犯罪构成的要件,绝不能迁就、更不应照顾与被告人行为的"社会危害性"问题无关的外在因素。如果不是坚持这条原理原则,而是顾及或者虑及其他因素,这样处理的案件绝对经不住人民的检验!绝对经不住事实的检验!历史终将证明:这是错误。

我们不想讳言,任何检察机关,乃至所有的司法机关,不论中外古今,都难免错案。但是,我们的制度的优越性在于,我们绝不故意制造冤案,而且一旦发现了错误,一定能及时纠正。如果能够防错误于未然,那当然是上策。

然而必须指出，听了公诉人的公诉词，我们不能不预感到：有的同志，在庄案上将决心沿着明知是错误的小道走到底了。这就清楚地说明，以法治国，在我们国家还要经历多么艰难的历程。粉碎“四人帮”十二年了，可我们的冤假错案并未绝迹，作为法律工作者，难道我们真的听不到民间的冤情和怨声！尊敬的公诉人同志，冤情一多，民心易失，这才真正是你们说的政治影响极坏的事。古往今来，这方面的教训太多了，我们能不认真考虑吗？

就庄案而言，针对公诉词中提出的论点和论据，我们不得不提请考虑以下几个问题：

一、在庄可以不入火区的情况下，主动奔赴漠河，这是不是忠于职守？

二、庄不去漠河，不会被大火阻于育英；如果他不到育英，而是坐镇局本部，他对育英大火还应承担责任吗？

三、庄撤出育英林场，边撤边组织群众疏散，绝无逃跑行为；如果公诉人不能否认这是事实，这样的边退边战算不算忠于职守？

四、庄退守的方向是图强，即林业局的中心，那里有万余居民、上亿元的财富，他作为局长，考虑了全面情况，作出了力保中心的决策，这种战略上的转移，这一临危未乱的果敢决策，是不是忠于职守？

五、公诉人一面要求庄作为局长应认真履行职责，一面对他奋不顾身抢险救灾的尽职行为一概抹杀，试问：这怎能衡量出庄究竟是玩忽了还是忠于了职守？

六、公诉人引用黑龙江省政府的“春季护林防火命令”论证问题，可是，按照那个文件的规定，庄又有哪一点做得不对？没有，一点也没有。大火之先，图强没有火险，没有火情，甚至没有火源。庄本人5日公出归来，6日就上山组织防火。尽管我对大兴安岭的干部情况没有调查，没有发言权，我还是想问：这种单位，这样的干部，在大兴安岭究竟有多少？众所周知，图强是受害单位，来自

漠河的那么猛烈的大火，自始至终没有得到起火方面的通报，这算不算失职？何以无人追究？而庄学义则不同。他对友邻及时通报了火情，使之有备，这难道是玩忽职守者办得到的？图强受灾最重，图强领导人受到的待遇又最不公平，这不必讲法，连起码的公道都不讲了，我们怎敢赞同？

审判长，我们的党和人民在复兴灾区的严重时刻，亟需人才，我们从庄学义的一贯政绩和救火事迹中，绝不怀疑，这是林区的难得人才。一个党的儿子在火海中尽了职责却被投人另一个可能是永劫不复的"火海"，这怎么可以呢？我们还不得不指出，大兴安岭的这场火灾，事后却让无辜的小人物承担如此重大的罪责，这合适吗？合法吗？公诉人说，他当时"有时间、条件，有人力、物力"抢救育英。关于时间条件，我们已经陈明，至于人力物力，也许我们富有人海，可是，请问我们现在有没有足够的物力来防、救去年那样的大火？试问去年的"物力"又在哪里？

总之，庄学义是无罪的！我们的法院对于忠于职守的好干部，不会加诸罪名，给予苛待。请予审查，请予考虑。

1988年6月14日，加格达旗

注：本案与池英花律师合办。

诉 讼 文 书

起诉书

被告庄学义因玩忽职守一案,由黑龙江省委交办。现已侦查终结,查明被告人庄学义犯罪事实如下:

庄学义于 1987 年 5 月 7 日 20 点过后,会同林业局防火办公室主任赵某乘伏尔加前往西林吉方向察看火情,20 点 25 分左右到达育英林场办公室门前。当时两股大火正从西北和西南方向烧进育英地区。边缘地带的建筑设施已经相继起火。整个育英面临被大火包围吞噬的威胁。庄向育英地区防火总指挥、育英林场副场长曾××询问一下火情,只简单地让曾用广播喊话,通知群众疏散,之后,便进林场调度室,用调度电话先后两次向局党委书记迟××报告育英火情,并提出图强应采取的措施。然后便驱车前往综合厂方向,在铁道口东侧停车,观看一下火情,于 20 点 40 分左右即匆匆离开育英,返回图强,仅在育英停留十五分钟左右时间。在返回图强途中,在距育英 3.7 公里处遇曾××骑摩托车朝图强方向逃走,庄不仅未加制止,反而令其去局调度室报告火情。庄学义育英之行,经查犯有如下玩忽职守行为:

一、庄学义在大火即将吞噬育英的严重时刻,除到林场办公室外,既没有用电话与当地其余三个科级单位等联系,也没有亲自去各单位组织部署抢险救灾,而匆忙返回图强。

二、庄学义于返回图强途中,见育英地区防火总指挥曾××脱离指挥岗位,骑摩托车驮人向图强方向逃走时,理应制止,令其返回育英组织群众疏散与抢险,面其相反,却令曾快去林业局

找迟书记报告火情，不仅自己不在育英组织指挥，又放走了育英地区防火总指挥。

由于庄学义上述失职行为，致使育英地区职工群众在“五·七”火灾中，失去组织领导，无人指挥群众抢险和疏散，损失惨重。于20点40分左右，先后相继烧死和窒息死亡四十三人、伤十九人，经济损失2377万余元(原值)。使本应避免和减少的伤亡与损失而未能避免。对此严重后果，庄学义负有直接重要领导责任。

被告庄学义在“五·七”火灾中，不认真履行其局长的职责，已构成玩忽职守罪。故提起公诉，请予惩处。

二审判决书(摘要)

本院依法组成合议庭，对本案进行了审理，现查明：庄学义刚到育英林场时，只是场区边沿地带起火，林场、贮木场、路电队三个单位的办公室，以及银行、粮站、物资分库等派驻单位和大部分居民住宅均未起火，大量群众尚未疏散；庄学义离开图强时，已让党委书记坐台指挥，到了育英林场之后，又两次用电话向图强通报火情，并对图强的抢险疏散提出了具体安排意见，而当时图强林业局辖区内仅有育英林场进火，恰恰是育英林场更需要加强领导和指挥。放弃了对育英的指挥，就是放弃职守。庄学义明知曾凡金是育英地区防火总指挥，应当预见到曾凡金脱离指挥岗位可能产生的严重后果，而对曾凡金的逃跑行为未加制止，这是明显的渎职行为。庄学义在返回图强后所做的工作，不能成为在育英不构成玩忽职守罪的理由。庄学义所提上诉理由均不能成立。一审判决认定的事实清楚，证据确实、充分，适用法律正确，量刑适当，审判程序合法，经本院审判委员会会议决定，驳回庄学义的上诉，维持一审判决。

终审裁定书(摘要)

上诉人庄学义不服一审判决提起上诉，本院依法进行审查，现查明：

“……庄学义刚到育英林场时，只是场区边沿地带起火，林场、贮木场、路电队三个单位的办公室，以及银行、粮站、物资公库等派驻单位和大部分居民住宅均未起火，大量群众尚未疏散，庄学义离开图强时，已让党委书记坐台指挥，到了育英林场之后，又两次用电话向图强通报火情，并对图强的抢险疏散提出了具体安排意见，而当时图强林业局辖区内仅有育英林场进火，恰恰是育英林场更需要加强领导和指挥，……”放弃了对育英的指挥，就是放弃职守；庄学义明知曾凡金是育英地区防火总指挥，应当预见到曾凡金脱离指挥岗位可能产生的严重后果，而庄学义对曾凡金的逃跑行为未加制止，这是明显的渎职行为。庄学义在返回图强后所做的工作，不能成为在育英不构成玩忽职守罪的理由。庄学义所提上诉理由均不能成立。一审判决认定的事实清楚，证据确实、充分，适用法律正确，量刑适当，审判程序合法，经本院审判委员会会议决定：驳回上诉，维持一审判决。

1988 年 9 月 3 日

* 此案一审判决与二审同，略。

张志诚“玩忽职守案”

案情简介

张志诚，厦门市工商局副局长，闽南大厦董事长兼筹建处主任。

1985年4月16日，四川省双流县农产品购销公司经理唐荣玖，假冒“西南经济开发总公司”名义，与闽南大厦贸易部经理黄文达签订购货合同，价值280万元。合同约定“因两家关系密切可先发货(后付款)”，张志诚指出，“密切”应改为“较好”，并提出应将“收款人”改为“收货人”。合同上购方未盖公章，闽南大厦签约人也未审查唐荣玖是否有签约资格，是否具备依法应持有的“(货物)准运证”，更未审查“西南经济开发总公司”的概况与资信。

签约后，闽南大厦在对方分文货款未付的情况下，向唐某发出彩色电视机等价值280万元的货物。4月29日，货到成都被海关扣留，以“违法内销进口物资”进行罚款，货物就地削价拍卖，闽南大厦因此损失180多万元。

检察院根据以上情况，认为张志诚对闽南大厦所受的巨额经济损失，负有“领导责任”，已构成“玩忽职守罪”，提起公诉。

辩护律师认为指控不能成立，张志诚无罪。

法院认定张志诚对于“无效合同未加制止”，渎职，构成玩忽职守罪，但考虑到闽南大厦内部在签约问题上有其明确分工等情况，宣告免予刑事处分。

张志诚提出上诉。

检察院认为张志诚对国营企业蒙受的巨大损失是“直接责任者”，因此，“仅给免予刑事处分，显然是错误的”，依法提出抗诉。

二审维持原判，分别驳回了上诉与抗诉。

辩　护　词

二审书面辩词

刑事审判庭

张志诚案合议庭：

法院根据指控，认定张志诚"同意（闽南）大厦贸易部经理黄文达与人签订（无效）供货合同，……造成闽南贸易大厦经济损失180多万元"，从而判定"其行为已构成玩忽职守罪"，宣告免予刑事处分。谨针对指控—原判—抗诉，辩驳如下：

一、谁有权代表闽南大厦与"西南经济开发总公司"签订供货合同，并对该项合同承担法律上的责任，是本案的关键。对此，一审判决根据事实明确认定："该大厦内部原有明确分工，该合同的签订等手续系由大厦负责人之一的黄文达具体经管。"这个认定是正确的。由此理应得出一个合乎逻辑的结论：上述合同的签订，根本无需上诉人张志诚"同意"。

但是，检察院指控说，张志诚"负有领导责任"，并且在《抗诉书》中断言这个领导责任是"直接的"。然而，我们不得不指出，使用模糊词语致人于罪，无助于维护法律的正确实施，却有害于维护人民大众的正当利益。这里的问题在于：第一，把所谓"领导责任"用于断案定罪，如不能具体地指出它的涵义，则明显地缺乏法律上的效力，因此不具备说服力；第二，在刑事诉讼中，把所谓"领导责任"作出"直接"与"间接"的区分，不知有何实际意义？莫非一经断为"直接"就有罪责，凡属"间接"则应无罪？第三，如果抗诉书的意图在于：黄文达的上级领导除张志诚一人为"直接"故应担罪责，其

他人均属"间接",因而责可旁贷,那么,这里的"划限"的根据何在?空言主张,我们认为是没有说服力的。总而言之,在签订本案合同的问题上,仅凭断言有"领导责任"就加诸罪名,而对这种"责任"又不能从法的角度分析论证,失之轻率,应请驳回,并予纠正。

二、一审判决断定,张志诚的问题在于"对于无效合同未加制止,给企业造成重大经济损失"。其论据主要来自检方,检察院指控上诉人"亲自修改过合同书,明知对方……没有加盖公章,是无效的合同"。

指控不能成立。第一,无效合同与未生效合同是两个概念。关于无效合同的认定,法有明文,检察机关对此无权,上诉人对此也确实"明知";第二,未加盖公章一层,上诉人于察觉之后当即告知黄文达补正,根据当时实际情况,我想指出,从察觉到告知,都说明上诉人对于"职守"并未"玩忽",以此加罪,有违事实,有悖法律;第三,至于"亲自修改"合同一节,是检察院空言主张的一例,并无证据,绝拿不出张志诚的"修改"文本。这里姑且假定指控成立,那么,张身为董事长,对一份业务合同"亲自修改",还能说他玩忽职守吗?修改水平的高低则又是另一回事,与是否亲自参与或者玩忽不可并论。

这是围绕一审判决的结论部分所作的辩驳,但问题并不限于此,还应补充的是——

三、一审判决认定,张志诚"为急于推销积压货物,又在货款分文未付的情况下,草率同意将……货物发往四川成都"。

按照常理,"急于"销货,意在发展业务,提高企业经济效益,乃忠于职守的表现,绝无"玩忽"的故意。至于货款未付,有关部门定有规章禁收"预付款",企业自应遵照执行。判决中的"草率同意"一说,与实际情况根本不符,黄文达签约一发货,不需要、事实上也没有请示上诉人"同意",如属"草率",责在黄文达,与张志诚无关。

这里的关键在于使闽南大厦"损失180多万元"。上诉人作为

企业主要负责人,对于企业的任何损失都没有无动于衷。他在诉讼进行中曾用各种方式表达了内疚,但这里应当辩明的是:第一,这个"损失",由何而起,是谁造成?第二,损失180多万元的"后果"的计算是否合乎情理?考虑到"损失"的起因与形成都与张志诚没有"直接"关系,故不应由他承担罪责。这里只说第二点,两个因素不宜忽略:其一是,一审判决把当地工商局决定的"就地变卖",换成了"削价就地拍卖",这二者之间显然有别,不拟赘述;其二是,由于供求关系的变化而引起的该项货物的价格下跌。价格问题,当年受国家的严格管理,个人无能影响,似也不宜全由"个人"负其全责。除此之外,这一巨额损失归根到底并未使不法之徒的私囊中饱,对此似也有从宽衡量的必要。

综上所述,把黄文达的责任与罪行转嫁于上诉人没有根据,上诉人是无罪的。对无罪者作有罪的"处理",尽管是"免予刑事处分",毕竟没有划清一条原则性的界限,因而难能达到维护法律正确实施的崇高目标,应请二审郑重考虑,予以纠正。

最后附带说明:遵照最高人民检察院会同最高人民法院及司法、公安两部门签署的关于律师参加诉讼的"通知",抗诉书应递交辩护律师一份,以便答辩。检察院对此有所忽视,故我们的辩词迟迟未能呈上,建议有关方面予以注意,以利工作,以利诉讼程序的顺利进行。

1988年1月26日,厦门

诉 讼 文 书

起诉书(要点)

1985年4月中旬,被告人张志诚任闽南贸易大厦总经理间,四川诈骗犯唐荣玖(已逮捕法办)假冒西南经济开发总公司名义与闽南贸易大厦洽谈生意。该诈骗犯未带介绍信和证件。张志诚未作资信调查,也未调查其是否具有法人资格,即同意闽南贸易大厦贸易部经理黄文达(另案处理)与唐签订订货合同。张在审定这合同时对合同上写的"本应款到发货,因两家关系密切可先发货……"中的"关系密切"改为"关系较好",并对唐写的收货收据中落款的"收款人",提出应改为"收货人"。

张志诚在审定这笔明显有破绽的订货合同时,对合同书上对方没有加盖公章,又没有介绍信、工作证,不制止合同的执行;不查实其是否具有法人资格;亦不查询对方资信情况,发这280多万元货物后,资金能否收回?在对方没有付款的情况下,草草决定将价值280多万元的货发运给四川,使国家损失人民币180多万元。

……

为维护社会主义经济秩序,保卫社会主义四化建设和厦门特区建设的顺利进行,特提起公诉,请依法惩处。

一审判决书(摘要)

被告人:张志诚。男,五十九岁,汉族,辽宁省昌图县人。原系厦门闽南贸易大厦董事长、总经理。

辩护人：张思之，北京市律师。

黄永盛，厦门市第二律师事务所律师。

被告人张志诚因玩忽职守一案，由检察院向本院提起公诉。本院依法组成合议庭，经公开审理，现查明：

1985年4月16日，四川省双流县农产品购销公司经理唐荣玖(已另案处理)等人，以编造的“西南经济开发总公司”名义与闽南贸易大厦洽谈购买彩色电视机、仿毛西装布等业务。被告人张志诚在不明确购方是否具备法人资格、有否准运证等情况下，便同意大厦贸易部经理黄文达(已被处刑)与唐签订供货合同。当发现购方未在合同书上盖公章时，明知该合同无效又不制止，为急于推销积压货物，又在货款分文未付情况下，草率同意将星牌二十英寸彩色电视机一百七十台及仿毛西装布等价值280多万元的货物发往四川成都。同年4月29日，该批货物被成都海关和双流县工商局查获，以违法内销进口物资进行罚款、削价就地拍卖，造成闽南贸易大厦经济损失180多万元的严重后果。

以上事实有订货合同、违章处罚决定书、证人证言以及另案处理罪犯的供词等为证，经查证属实，事实清楚，证据充分。

案经本庭合议并报本院审判委员会讨论认为：被告人张志诚身为国家工作人员，在担任闽南贸易大厦董事长、总经理等职务期间，对于无效合同未加制止，给企业造成重大经济损失，具有渎职行为，其行为已构成玩忽职守罪，但鉴于该大厦内部原有明确分工，该合同的签订等手续系由大厦负责人之一的黄文达具体经管，黄具有严重渎职行为，因此，应予区别对待。依照《中华人民共和国刑法》第一百八十七条、第三十二条之规定，判决如下：

被告人张志诚犯玩忽职守罪，免予刑事处分。

1987年7月29日

抗诉书(摘要)

一审判决:"张志诚犯玩忽职守罪,免予刑事处分。"

被告人不服上诉。

检察院提出抗诉。"抗诉书"的要点如下——

张志诚曾任工商局副局长,分管经济合同科,证明他懂得怎样才能签订经济合同。他明知对方在合同上没盖公章,是无效的合同。同时,张懂得仿毛西装布等是限厦门岛内销售。若需出岛,应照章纳税,发准运证后才能出岛。因此,在这件使闽南贸易大厦经济损失 180 多万元的严重后果中,黄文达是闽南贸易大厦贸易部经理,是直接责任者,已为此被判有期徒刑三年,而被告人张志诚是负有不可推卸的领导责任的直接责任者,对企业蒙受如此巨大损失,仅给免予刑事处分,显然是错误的。为此,特提出抗诉,请依法重新审理。

二审裁定书(要点)

经本庭合议并报本院审判委员会讨论,认为张志诚身为厦门闽南大厦的董事长、总经理,未查明对方是否具有法人资格又无适当证明文件,便同意签订合同,发现对方未在合同上盖公章,亦不加制止。在货款分文未付情况下同意发货,造成大厦经济损失,其行为已构成玩忽职守罪。现上诉人把大厦经济损失说成全部是黄文达的责任是没有理由的。但黄文达是大厦业务部经理,签订合同的主管和直接责任人员,部分重要事实情况没有如实向张志诚报告,其玩忽职守的罪责比张志诚严重。法院对张志诚、黄文达二人所承担的责任和判处是正确的。检察院

的抗诉,不能采纳。

驳回上诉和抗诉,维持原判。

李显斌“投敌叛变案”

案 情 简 介

李显斌，原为航空兵飞行员。1965年11月11日，驾驶0195号伊尔—28型轰炸机叛逃台北，在桃园机场降落时，飞机偏离跑道，致领航员李才旺受伤，通讯员廉宝生受伤后医治无效死亡。

1983年、1984年，李才旺持美国护照两度返乡，受到公安部门的款待。

1991年12月，李显斌思念病中老母，经由我驻加拿大的领事馆发给入境签证回山东阳信老家探亲，当月28日在青岛机场出境返台时被拘留，经有关部门批示，报最高人民检察院核准，以“投敌叛变罪”提起公诉。

案经市中级人民法院一审，认定指控成立，鉴于“能够坦白交代罪行，有悔改表现，……予以减轻处罚”，判处有期徒刑十五年，剥夺政治权利五年。

李不服上诉。

二审律师认为：一审判决与中央“历史问题从宽”，“保障回归者不受歧视，来去自由”等项政策有违，在适用法律上更有不尽妥当之处，希望能够纠正一审的偏差。并且郑重表示“即使李罪难赦，但其罚似宜免除”。

二审维持原判，否定了律师的意见，驳回上诉。李依法申诉，也未获准。

辩　护　词

二审辩护词

李案合议庭：

李显斌于二十七年前驾机叛逃，是不争的历史事实。尽管如此，在仔细研究市中级人民法院于二十七年后就此所作的判决之后，对于本案，认为仍有相当充足的理由，为被告人李显斌作如下的辩护——

一、对于李显斌二十七年前的罪行予以追诉，诚然并不违反刑法第七十六条第四项的规定，但考察该项的立法主旨，我有以下申辩：

上述第四项条文中"法定最高刑为无期徒刑、死刑的，经过二十年"不再追诉的规定，其本身就明显地包含着一审判决书中所说的"危害特别严重，……情节特别恶劣，依法应予严惩"即可以判处死刑的罪行在内。由此可以看出，"不再追诉"，实为一般原则，二十年后认为必须追诉的，当属极其个别的特殊情况。因此之故，也就要求人民法院在认为必须"追诉"时具体说明之所以"必须"的理由，而不可以用所谓"严重、恶劣"的抽象概念替代。一审未能明示"理由"，应属欠缺。

我认为，时效已过二十年，是否"必须"追诉，除应考察案件本身的具体情况外，还应参照"追诉"之时的形势，以及犯罪行为人的现实表现，其中包括是否还有具体危害性与危险性在内。一审对此疏于具体考查，恳请补救。

二、李显斌于实施犯罪之后二十七年携妻归来，且经我政府

授权的驻外使馆批准，手续合法。一审判决书确认李是"台湾……退休军人"，故应肯定是以台湾居民身份合法入境当无疑义。

按照一般的法律原则，政府不会批准"罪犯"入境。1990年12月发布的《中国人民往来台湾地区管理办法》第二十二条一款一项规定，"被认为有犯罪行为的人的入境申请，不予批准"，就是这条原则的体现。我国有关机关一向严格执行这一原则。与被告人李显斌同机叛逃台北的李才旺，在法定的二十年追诉期内，于1983、1984年两度从美国返乡旅游，我国公安部门都待如上宾，设宴款待，声明"欢迎"，慰勉有加，并有"爱国不分先后"的殷殷期待（有关材料，见李显斌案卷一的录音记录）。不解的是，何以不能用同一原则、同一方针、同一态度对待李显斌？

或谓：李才旺持美国护照，身份与台湾居民不同。这不对！即使是外籍，如不享有外交特权和豁免权，凡在我国领域内犯罪的，都适用《中华人民共和国刑法》的规定，李才旺何得例外！

或谓：二李在叛逃一事上的责任有大小之分，作用有不同之别。这是实际情况。但这里的关键是：其性质相同，因而绝不可能得出相异的结论。二十七年前的同机叛逃者，而今一为座上宾，一为狱中囚，这种极不公正的处置违背了"法制统一"原则，至盼二审予以纠正。

三、仅就一审的判决而言，中院对李案在适用法律上也有不尽妥当之处，请准作如下的申辩——

（一）一审判决的主要依据是刑法第九十四条一款中的"情节严重的……，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑"的规定。可是，该判决书中仅有"情节严重"的结论，并不能举出除"驾机叛逃"外其他"严重"的行为，因而说服力不强。

人们会说，"携带军事机密文件"就够得上"情节严重"。但应当指出，这些被李显斌等人"携带"的文件，都是随机供训练之用的"机密资料"，并非另有或另携，况且没有因李等带走出逃而造成我

军事上的实际损害。扼要地说,作为"情节"来考虑它的严重程度,"随机"一节是不能忽略的。

人们会说,判决分明讲到"致同机组人员一人死亡,一人受伤",不正说明"情节严重"么? 我认为,对此应作具体分析。

根据案卷材料,李显斌机组在浙江东阳上空"改变航向"、降落台湾桃园的叛逃犯意,对机组三人来说,是共同的、一致的,三人虽无周详的预谋,但有不言而喻的默契;虽有作用、责任程度上的差别,但无"目的"上的不同。材料表明:三人中如有一人对叛逃坚决不同意、予以抵制,就不可能发生降落桃园的后果。因此,中院判决认定的"一死、一伤"后果,不应作为李显斌叛逃行为中的"情节"而加重处罚。

(二)一审判决断言,李显斌"因对人民民主专政的政权和社会主义制度不满,产生驾机叛逃的恶念"。这个认定,语义含糊,分不清被告人的犯罪的动机与目的。

可是,犯罪动机的考察在执法上往往是非常重要的,对本案正是如此。一个明显的道理:立法把情节严重或者恶劣作为犯罪构成条件的犯罪,行为人的动机因它确实能衡量出犯罪人的社会危害程度,通常都视之为重要的酌定情节,要求在量刑时给予应有的考虑。也就是说,犯罪的动机问题往往是考察情节是否严重或恶劣的一个重要的因素。

然而我们不得不指出,一审判决断定的李显斌的犯罪动机只是一般性的推论,缺乏证据,也不符合实际。卷中证据表明:李显斌之所以叛逃,其原因主要在于对他所在部队的训练工作、随军家属的工作等等不满,对他那时受到的不公平待遇有意见;其次在于,当时因天灾人祸给农民、给家庭造成的生活极度困苦而又无以救助,于是逐渐产生了消极的、失望的悲观情绪,在急剧波动、无能自拔的情态下,走险叛逃。所有这些,不仅出自李显斌本人供述,而且有证言可证:互相印证,十分一致,理应果信。

我们认为，李显斌的犯罪动机并非源于对我政权和制度的刻骨仇恨，构成了可以对他的二十七年前所犯罪行予以赦免的重要因素，敬请二审明鉴。

为了更为充分地说明问题，还有必要补充一点：判断一个人的真实的思想、感情与“动机”，应以具体人的“个人的活动”为标志；而对于这个“个人的活动”，又应历史地、全面地联系起来分析考察。据此，如果能对被告人李显斌的生活历程作一番比较全面的分析，对他驾机叛逃以后二十七年来的全部活动作个客观考查，应能看出，除了他的叛逃方式、手段——“驾机”一节确属恶劣之外，他的主观恶性，他的社会危害性，都是不大的。与此相关，他于出逃二十七年之后，坦然来归，毫无顾虑，并不仅仅是出于孝母亲情，也不仅仅是出之于对于故土的深深眷恋，显然还有它更深一层的思想感情上的缘由，其基本点在于期望两岸早日统一，祖国日益兴旺发达。而这正是可能把消极因素转化为积极因素的重要基础。我们理当通过对于历史罪案的法律处理，达到这一目标。换句话说，我们对犯罪的惩罚的目的，我们对犯罪问题的打击重点，不应落实在四分之一世纪以前的久远历史旧案上。中央对历史陈案的一贯方针是从轻发落，变有害为无害。李显斌一案因其具有如上所述的特殊性而更应贯彻这个方针。

四、李显斌案作为刑事诉讼，有它异乎寻常的特殊性；这是由现阶段两岸之间特殊的政治、经济诸关系决定的。重大的司法活动脱不开政治，中外一律，绝无例外。

李案中的政治因素主要表现在两点上：一是应考虑有利于两岸人民的相互交往和最终统一的民族利益；二是应落实中央昭告世人的重要国策。

为了能够恰当地处理李显斌的历史旧案，我们不得不回顾一下中央的有关政策——

1981 年 9 月，全国人大委员长叶剑英元帅发表“祖国和平统

一"九条方针政策，提出"以民族大义为重，捐弃前嫌"，号召"统一祖国，人人有责"，保障回归者"不受歧视，来去自由"，炎黄子孙，鼓舞欢欣。短短几年，回大陆的台湾各界人士以百万计。正如最高人民法院当时的估计，"这对于促进两岸的'三通'和实现祖国和平统一将起到积极的作用。"为了推动大好形势的发展，该院又会同最高检察院发布了《不再追诉去湾人员在中华人民共和国成立之前的犯罪行为的公告》，不久就制定了《处理涉台案件座谈会纪要》，明确宣示了"历史问题从宽"的原则。所有这些政策，无疑应成为办案的依据。联系本案，李显斌在上述政策精神感召下戴罪回归，自应援用这些政策；中院判决与中央精神并不一致，相信二审能予纠正。即使李罪难赦，但其罚似宜免除，以利于推动两岸"三通"、一统的大业。

1991年8月21日

诉 讼 文 书

起诉书(摘要)

被告人李显斌,男,五十五岁,汉族,山东省阳信县人,大学文化,1955年3月入伍,原系解放军空军航空兵某师飞行员,捕前住台湾台北市(地址略)。1991年12月28日被市公安局拘留,1992年1月8日经本院批准,当日由市公安局逮捕。

被告人李显斌投敌叛变一案,由青岛市公安局侦查终结,于1992年2月26日移送我院审查起诉,现查明:

被告李显斌,于1965年11月11日和领航员李才旺,通讯射击员廉宝生奉命执行飞行训练任务。当日十二点六分,李显斌驾驶伊尔—28型轰炸机从机场起飞后,改变航向,叛逃到台湾国民党空军桃园机场。李显斌驾驶的轰炸机和随机带走的机密文件,泄漏了国家机密。该机在桃园机场降落时,致李才旺受伤、廉宝生受伤后死亡。李显斌到台湾后,大肆进行反革命活动,被封为"反共义士"。

上述事实,有证人证言、书证、被告人供述等证据证实,足以认定。

查被告人李显斌,犯罪事实清楚,证据确实充分,其行为构成投敌叛变罪。其犯罪行为危害特别严重,适用《中华人民共和国刑法》第一百零三条之规定。根据《中华人民共和国刑法》第七十六条第四项规定,已经最高人民检察院核准,特向法院提起诉讼。

1992年4月9日

一审判决书(摘要)

公诉人:市人民检察院。

被告人:李显斌,住台湾省台北市敦化北路,原系国民党空军通航联队退伍军人,曾任空军某部飞行员。因犯罪,经最高人民检察院核准予以追诉。

辩护人:青岛市律师事务所律师王耀、温涛。

被告人李显斌因投敌叛变一案,最高人民法院根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第二条之规定,指定本院审判。现查明:

被告人李显斌任空军某部飞行员期间,因对人民民主专政的政权和社会主义制度不满,产生驾机叛逃的恶念。1965 年 11 月 11 日 12 时许,乘飞行训练之机,驾驶 0195 号轰炸机,随机携带军事机密文件五十八份及晶体八块,从某机场起飞,当飞行至东阳县上空时,即改变航向叛逃,于 13 时许在台湾桃园机场降落。飞机着陆时因偏离跑道,致机组人员一人死亡,一人受伤。

上述事实,有证人证言、书证等证实,被告人李显斌亦供认不讳。

本院认为:被告人李显斌身为空军飞行员,公然反对人民民主专政的政权和社会主义制度,驾机叛逃,其行为已构成投敌叛变罪,且对国家和人民危害特别严重,给我军造成重大损失,情节特别恶劣,依法应予严惩。鉴于李显斌归案后能够坦白交待罪行,有悔改表现,经本院审判委员会讨论决定,予以减轻处罚。依照《中华人民共和国刑法》第九十四条第一款,第一百零三条,第五十九条,第五十二条,第五十一条之规定,判决如下:

被告人李显斌犯投敌叛变罪,判处有期徒刑十五年,剥夺政治权利五年。

二审裁定书

上诉人(原审被告人):李显斌,现在押。

辩护人:北京市律师张思之。

上列上诉人李显斌因投敌叛变一案,经市中级人民法院判处有期徒刑十五年,剥夺政治权利五年。李显斌不服,以“此案已经过了二十七年,不应再追诉”、“年高体衰,无力服刑”等理由,向本院提出上诉。

本院查明:李显斌任空军某部飞行员期间,因对人民民主专政的政权和社会主义制度不满,产生驾机叛逃之念。1965年11月11日12时许乘飞行训练之机,驾驶0195号轰炸机,随机携带军事机密文件五十八份及晶体八块,从某机场起飞,当飞至东阳县上空时改变航向,于13时许在台湾桃园机场降落。飞机着陆时因偏离跑道,致同机组人员一人死亡,一人受伤。

上述事实有证人证言、书证等证实,事实清楚,证据充分。上诉人李显斌亦供认不讳。

本庭认为:上诉人李显斌反对人民民主专政的政权和社会主义制度,驾机叛逃,已构成投敌叛变罪。其行为对国家和人民危害特别严重,情节特别恶劣,应依法严惩。追诉李显斌二十七年前的犯罪于法有据。原判决定罪准确,量刑适当,审判程序合法。李显斌的上诉理由不能成立。经本院审判委员会讨论,裁定如下:

驳回李显斌的上诉,维持原判。

本裁定为终审裁定。

高某“泄密案”

案情简介

高某，著名女记者，自由撰稿人，曾任《经济学周报》副总编。

1993年10月，被指控“为境外机构刺探、非法提供国家秘密”，由检察院提起公诉。起诉书涉及的问题仅一项分为两点，即：(1)1993年2月15日，在中共中央办公厅秘书局副处长高潮办公室，翻阅并摘抄了中央领导人的讲话等两份绝密文件中的部分内容；(2)同年2月至4月，多次向高潮刺探有关机构改革、公务员制度、工资改革以及八届政协领导人的选举等项绝密级国家机密。尔后将上述机密的内容写成文章在境外发表。

高某否认上述两点指控。

市中级人民法院开庭审理后，合议庭认为“部分证据尚需进一步查证”，先后两次退回公诉机关补充侦查，未果。

辩护律师对案中“证据”作了周密的分析，断言指控不能成立。一审判决改为“泄漏国家重要机密罪”，判处有期徒刑六年，上诉经书面审理后予以维持。

辩 护 词

一审辩词

审判长：

针对公诉人在“相互辩论”中发表的意见，我向法庭陈明几个观点，进一步地为本案被告人进行辩护。

第一点，高某从文件中摘抄的小平谈话，不属国家秘密。

我们不能同意公诉人的这个观点，好像“绝密” 文件中的字字句句都是秘密。我们认为，对于一份“秘密级”文件，它的密级，是根据它与国家的安全和利益的关系，就其“整体”作出的确定；这并不是说，该“绝密”级文件中的每一个“局部”都涉及“秘密”。扼要地说，秘密文件的这一整体性原则是我们判断相关事物的重要标准。以本案情况为例：另案被告高潮交给本案被告高瑜翻阅的中央领导同志在中央军委扩大会议上的讲话，其中涉及的加强我军团结、反对腐化现象，以及注重思想建设等等，就绝不属“密”的范围，无论怎样引用，都不能构成“非法提供国家秘密”罪。由此可见，对于起诉书中指控的“高某翻阅并摘抄了……绝密文件的部分内容”，我们就必须对这个“部分内容”作出具体的分析，也就是说，应当从各个角度、各个方面来考察这个“部分”，从内容上看它是否涉密。

根据案卷中的书证，高某摘抄并在文章中引用的那“部分内容”是：小平同志的关于外事问题的三点谈话。这三条语录式的谈话，是邓小平外交思想的有机组成部分，是一种理论。这些理论观点，如不能被人民大众掌握，就不可能成为指导“行动”的武器，因

此在高某引用之先,就有一些人宣传过,就有报刊发表过,他们讲了、宣传了都不是涉“密”,都没有问题,怎么高某作一次重复反倒变成了罪行?这未免太不公正了。在这个问题上,公诉人方才对高某的指控,我们持否定态度,很难同意。

第二点,应划清采访与“刺探”的原则界限。

高某是具有记者身份的人,因此,参照指控,结合案情,从法的角度划清采访新闻与刺探秘密的界限,十分重要。

我们不反对公诉人的一个判断,在现实生活中,不能排除借采访之名行“刺探”之实或者两者兼备兼有的情况,但本案中的问题是,起诉书列举的所谓“刺探”的事项四种,即机构改革,公务员制度、工资制度以及人大和政协的人事安排,记者如有涉足或触及,究竟应怎样判断它是采访,还是刺探?我们认为,要划清这二者之间的界限,关键在于查明它的目的性。而这个目的性,是必须从行为人追求的结果或者他的行为所体现的结果来判断的,这里不可以带有主观随意性。统观高某案中四篇文章,字里行间无一处一事危害国家安全或者损害国家利益,其行为应属记者的正常采编活动,绝无“刺探”的目的,极易查明。

诚然,有些事项它本身就不容采访。但结合本案,我们对此有两点质疑:第一,公诉人指出的那些事项,当时的大量报道,包括我新华通讯社的电讯,无不说明它本身不发生不容采访的问题;第二,如果说,某些事项,采访本身就是“探密”,这就必须作具体的分析,岂可一概而论!想当年,小平同志南巡讲话,国家通讯社确也迟未发布,几位勇敢的、有识见的记者采访了,发出了激荡人心、震撼世界的报道,谁能说他们“刺探”了绝密消息?作为一名记者,对于群众关心的问题,境外人们关注的国事,进行采访,写出报道,作出评论,这与“刺探”绝不可相提并论。更何况,案中指控高某的行为,大都发生于私交之间的漫谈,情属“有闻则听”;对方聊,她听了,这种情节其实连采访都够不上。这一层,对于明确责任,准确

定性，至为重要，应请查核。

第三点，我们对案中主要证据的分析。

案卷中有中央秘书局作出的密级“证明”，公诉人以此作为确定被告人高某有罪的证据。我们对公诉人的主张持有异议。

查上述中央秘书局的“证明”，是一份措词严谨的正式“鉴定”。但请注意，这份鉴定证的是：高某文章引用的材料，与中央领导讲话的内容，即《中办通报》第四期上的内容，“是一致的”。

什么叫“一致”？所谓一致，是对两个或两类事物(务)相比较而作出的或得出的判断。因此，这两个事物尽管趋向相同，没有歧义，但毕竟不是一个事物，不是一回事，并不“相等”，这又极其明显。甲属绝密，乙因与其“一致”故也属绝密，这是站不住的。

至于中央秘书局的另一件“证明”，证的是：中央关于工资改革的某份文件，属绝密级；用它对照高某写的那篇关于工资改革的文章，其中有该中央文件中的“内容”。这也是个鉴定性的结论。关键在于：应当具体地分析高文涉及的所谓“这个内容”(引文出自中央秘书局“证明”)。大量证据表明：在当时，国内、境外，报纸、刊物，对高文评论的那些“内容”，早已沸沸扬扬，广泛议论，我们方才向法庭宣读的部分电讯文稿都可说明，故已报本不能视之为“密”。有人或许会说：那些报刊含有“敌意”，他们的东西不足为凭；那么，我们的宣传媒体，如香港《文汇报》，它在高文腹稿尚未成形的2月15日，就详尽披露了国内工资制度的改革方案，而高文则简略得多，这应能作为例证，说明我们的论点有据可查，无可争辩。

还有一点不能不提的是：中央秘书局的鉴定，并不涉及高某的文章是否等同于对外提供绝密文件，“非法提供国家秘密”这个实质性的问题。公诉人就此所作的分析，失诸牵强，不能同意。

第四点，我们对本案的基本见解。

高某作为一个资深记者，尽管此前在境外刊物上发表过数以百计的评论文章、新闻报道，而且从未发生过违纪事件，但在与高

潮的交往、接触中毕竟犯有错误。她的错误在于：当高潮这样的敏感人物把“绝密”级文件交给她翻阅，甚至让她摘抄时，她没有认识到，这是私人交往中的泄密行为，应予拒绝。这是法制观念、保密观念淡薄的表现，理当受到批判，并从中受到教育。在这一点上，我们同公诉人在公诉词中发表的观点相近。

但是，认真研究公诉人向法庭提供的高某的四篇文章，从中可以得出一个判断：其中全然没有危害国家的安全和利益的文字。由此出发应能达到一个明确的结论：高某的文章没有社会危害性。从客观上分析，没有行为的实害性；从主观上判断，没有人身的危险性。而行为的社会危害性是犯罪的本质特征，这一点是无需向法庭多作陈述加以说明的。我们只是想说，对于没有社会危害性的行为，断言触犯国法刑律，加诸罪名，理当纠正，当无疑义。

审判长，对具体问题作具体分析，“一切依时间、地点、条件为转移”，这一思想原则和分析问题的方法，对于判断高某一案的性质同样具有指导意义。恳请法庭全面考察我们的观点，采纳我们的正确见解。

注：高案一审与牛炳宜律师合办。

二审书面辩词

高院高案合议庭：

市中级人民法院就高某一案所作的判决书，在事实的认定上存在着自身难解的矛盾，基本上没能说明判处被告人高某犯有“泄漏国家重要机密罪”的理由，援引的主要法律条款又含有重大缺陷，该判决作出的两项主文因而都很难成立，应予撤销，请准作如下的申辩：

一、高案一审依《刑事诉讼法》的有关规定，进行了法庭调查、互相辩论，被告人作了最后陈述。此后，合议庭认为“本案部分证

据尚需进一步查证"，先后两次"退回市人民检察院分院查证"。这当然是审判程序中的重大举措。即使不考虑高案本身带有的某种复杂的性质，研究一下《刑事诉讼法》第一百零八条中的"对于主要事实不清、证据不足的，可以退回人民检察院补充侦查"的规定，也能断定一审合议庭提出的"尚需进一步查证"的证据和事实，显然是涉及定性与量刑的重大问题，而绝不是枝节，如不查明，将难以下判。我们对此不仅理解，而且认为是必要的。

市人民检察院分院对于一审采取的上述步骤，分别两次都以"经审查认为，事实清楚，证据充分、确实"为由，原封不动地移送市中级人民法院，请"依法审判"。两次的行文，除将"审理"换为"审判"外，几乎一字不改。至于一审的"尚需"，则付诸缺如了。

于是，一审在"部分证据尚需进一步查证"而未得的情况下，按照起诉书的指控，下判了。所谓证据不足，就是事实未清，在这种状况下判处被告人有罪，这无论如何不能令人信服。至于一审判决书在其结语中认定的"市人民检察院分院指控高某犯罪的事实清楚，证据确凿"一节，我们除了据实指出一审在这点上的前后矛盾之外，还能辩什么呢？我们认为，这样的判词，不改不足以取信于人民，不改将可能失信于天下，影响所及，绝不在一人一案，恳请纠正，以利于维护我神圣国法的尊严！

二、根据前述的判决书，一审"经审理查明"的事实共有如下的两项，即：

（一）"1993年2月15日，……高潮（按：另案被告人）将中央领导人员《在中央军委扩大会议上的讲话》、《中央机构编制委员会办公室关于行政管理体制和机构改革方案的汇报提纲》两份绝密文件交给高某翻阅并准其摘抄。"

一审判词中的这段叙述与认定是正确的。在这项事实中，包含着被告人的两个行为，即翻阅了和摘抄了高潮交给她看的两份文件。我们在这里必须辩明的是：无论是翻阅文件还是摘抄文件，

这两个行为的本身都与一审判定的“泄密”不是一回事；就问题的性质而言，即使“摘抄”或者“翻阅”都涉及“纪律”，它与“犯罪”毕竟又有原则区别，对此应无疑义。由此可见，一审“查明”的这第一项事实，不能证明被告人高某有罪，无可置疑。

（二）“1993年1月至4月，高某多次将从高潮处得知的一些国家机构改革等国家秘密（均属绝密级），撰写成文章，在香港报刊上发表。为此，高某获稿酬港币八百元。”

这段认定，其中有两个问题不能不辩：其一是，“从高潮处得知的……等国家秘密”，究竟包括哪些绝密事项？这里用了一个“等”字，是表示列举已完呢，还是列举未尽？看来，是后者，可是，既然判定为“罪”，怎么可以用这样模糊的词语取代具体的罪状呢？用这样一种含糊其词的写法“取代”，又怎样去绳之以法呢？没有具体的事实作为根据，援引的哪个法条都不能作为判案的准绳，这还用证明么？其二是，“写成（的）文章”中究竟泄漏了哪些具体的绝密事项？一审判词对此只能作抽象肯定，却不能举出哪怕是一条具体的内容，这样的罪行认定又有什么实际意义呢？

或谓：被告人在香港报刊上发表的文章，泄漏了我国机构改革的秘密，这些秘密材料得自高潮。关于这一层，我们向一审法庭提供了相当充分的材料，说明早在高文发表之前，香港报刊上就已经发表了大量的文章，例如《九十年代》发了“中共机构改革大动作”的专辑，再如《明报》从该年2月至3月，发表了一系列的文章或消息，它们从机构改革的思路到方案，就问题涉及的方方面面作了宣传报道。我们的《文汇报》并不后人，于该年的1月29日就发出“据消息人士透露”的北京电文，公布“国务院制定精简机构的方案”的消息，说明“方案将体现以下思路：机构改革首先要转变政府职能。……机构改革是全方位改革，要理顺政事关系，中央和地方的关系，将严格区分行政机关与事业单位的职能”。至3月14日、15日，分两次从不同角度完整地公布了“国务院机构改革方案”，

并以"权威人士"名义宣布了进行的步骤和完成的时间表。而本案被告人高某仅仅是从评论的角度写了关于机构改革的题目，不仅已无密可泄，而且可以说根本不具有"新闻"的价值。就他人连篇累牍地公布的材料作出自己的评论，这怎么够得上"泄密"？

总而言之，用一审判决认定的上述事实，证明被告人犯有"泄密罪"，不能成立。

或者有人会这样地提出问题：一审判决中举出的两点事实，互相联系，不能分割。比方说，高某经由高潮而翻阅并摘抄了"中央领导人员在中央军委扩大会议上的讲话"，日后"写成文章，在香港报刊上发表"就是适例。

请允许我们有针对性地提出一个相关的问题：高某在港刊上发表的文章，有哪些内容是引自上述的那份"绝密级"的"讲话"呢？根据案卷中的材料，高文所"引"，仅仅是小平同志的关于外事问题的三点谈话。我们在一审的辩论中曾当庭明确陈明：这几点语录体的谈话，是邓小平外交思想的组成部分，是他的理论观点，因是理论，所以在高某引用之先，就有人宣传过，就有报刊发表过。高某著文宣传党的理论观点，怎么能成为罪行呢？尽管一审否定了"高某犯有境外机构刺探、非法提供国家秘密罪"的指控，认为"应定高瑜犯泄漏国家重要机密罪"，因其同样违背了"以事实为根据"的原则，所以并没能从根本上纠正公诉人的错误。

以上各点，是我们针对一审判词认定的事实中的缺陷与失误所作的申辩，概括起来，一言以蔽之：一审对于案中事实的认定，缺乏实事求是的、具体的分析，因而没能引出符合实际的、正确的结论。我们建议并且相信，二审一定会对上述的明显偏差作出必要的纠正。

三、一审判决书关于证据的认定和表述都有缺陷。

姑且不论一审合议庭对有的"尚需查证"的证据，未作进一步的"查证"，仅就判词中的证据问题，有必要作如下的辩证——

（一）上述判词中说："上述事实，有物证、书证在案证实。"我们要问：哪些物证、书证，在证明着哪项事实呢？所谓物证，不知何所指；至于书证，除高某的文章外，也只有中央秘书局作出的密级"证明函"。如一审辩词所陈，这是一份极为重要的"鉴定"，它仅仅证明着某一文件的"密级"，它不能证明高某有"泄密"的行为。这个申辩的正确性无可怀疑，我们坚持！

其他证据，该判词说："有高潮供述，及证人赵某某、赵某的证言在案佐证。"应当指出，遍查高潮供述及证人证言，无一能证明高某"泄密"。尽管赵某某是被告人的丈夫，赵某是她的儿子，但他们都从不了解、更未参与高的笔耕活动，他们父子又怎么可能去证明高某撰文"泄密"呢？

由此可知，所列事实，无据可证，已无疑义。

（二）我们向一审合议庭呈交了有关的书证十余份共几十页之多，但却并未附人案卷移送二审，直接违反了最高法院、最高检察院、司法部、公安部 1986 年"司法公字第 196 号"文件中的"律师向人民法院正式提交的书面证据……必须人卷"的硬性规定，无助于查明事实真相。正是由于存在着这种反常情况，一审判决书中说的"辩护人的辩护意见亦缺乏事实"云云，过于武断，自难免强词夺理之讥。

归纳起来，不外乎两点：一是没有证据证明高某"泄密"；一是有证据证明高某并未"泄密"。这是铁的事实，是无可置辩的。

四、一审判决援引《刑法》中的四个条款，对被告人作出了有罪判决，其中最为重要的是该法第一百八十六条。查该第一百八十六条共分两款，就犯罪主体的不同而作出了不同的规定。其第一款专指"国家工作人员"的泄密罪，按照判决书的认定，被告人"无业"，当然不是这第一款所指的犯罪主体；但如适用第二款"非国家工作人员"的泄密犯罪，则必须"酌情处罚"，一审可能耽心失之轻纵，故只好采用"一锅煮"的办法，含混过去。但这却恰好从另

一个方面显现出一审的执法的不够严肃。当然，从根本上说，我们认为，对本案被告人的行为用第一百八十六条中的哪一款都不适当，但这是另一个问题，我们没有必要展开讨论。

五、最后，有必要重复一审辩护词中的这个观点，即：高某的行为，具体地说，公诉机关提交法院的四篇高文，全然没有危害国家的安全和利益的情节和词句，从而证明：她的行为和文字没有社会危害性。对于没有社会危害性的行为无论如何是不可以绳之以法的，对此不敢赘述。

诸位法官，即使你们不把我们的辩词作为“书面审理”的依据，也有必要把上述的五个方面中包含的观点作为审查高案的线索，从实际出发，具体地分析案中的一切情节，各方观点，以及全部证据，引出正确的结论，以利于纠正一审的错误，维护国家法律的正确实施，维护公民的正当的、合法的权益。

我们指望二审执法的严肃性。

请予审查。

诉 讼 文 书

起诉书

被告人高某，女，五十岁，北京市人，无业。1993 年 10 月 12 日被捕。现在押。

被告人高某为境外机构刺探、非法提供国家秘密一案，经市国家安全局侦查终结，移送本院审查起诉。现查明被告人高某犯罪事实如下：

被告人高某于 1993 年 2 月 15 日，在中共中央办公厅秘书局综合调研处高潮(男，三十八岁，另案处理)的办公室内，翻阅并摘抄了中央领导同志在中央军委扩大会议上的讲话等两份绝密文件的部分内容。此外，高某还于 1993 年 1 月至 4 月间，多次通过高潮刺探有关我国机构改革、公务员制度、工资制度改革及八届人大、八届政协领导人选举等国家秘密(均属绝密级)。后被告人高某将其摘抄的文件内容及刺探的国家秘密撰写成文章，在香港《镜报月刊》和《华侨日报》上发表，为此获得稿酬港币八百元。被告人高某于 1993 年 10 月 2 日被查获归案。

上述事实有物证、证人证言等证据在案证实，事实清楚，证据确实、充分，足以认定。

本院认为，被告人高某无视国法，为境外机构刺探并非法提供国家秘密，犯罪性质恶劣，情节严重，其行为触犯了《中华人民共和国国家安全法》第四条第二款第三项和全国人大常委会《关于惩治泄漏国家秘密犯罪的补充规定》之规定，已构成为境外机构刺探、非法提供国家秘密罪。为严申国法，维护国家利益与安全，打击刑

事犯罪活动,本院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百条之规定,提起公诉,请依法惩处。

1994年3月12日

注:1. 预审卷宗二册。

2. 证物:港币八百元。

3. 被告人高某现押在市安全局看守所。

一审刑事判决书(摘要)

被告人:高某,女,五十岁,北京市人,无业,现羁押在国家安全局看守所。

辩护人:张思之,北京市中北律师事务所律师。

辩护人:牛炳宜,石家庄市经济律师事务所律师。

市人民检察院分院以被告人高某犯为境外机构刺探、非法提供国家秘密罪,向本院提起公诉。本院于1994年3月23日收到人民检察院分院起诉书后,依法组成合议庭。经审理,因本案部分证据尚需进一步查证,于1994年5月5日退回市人民检察院分院补充查证,市人民检察院分院查证后,于同年6月4日将本案移送本院。经审理,部分证据仍需进一步查证,于1994年7月19日再次退回市人民检察院分院补充查证。市人民检察院分院于同年8月25日将本案移送本院。经合议庭评议,现已审理终结。

市人民检察院分院起诉书指控被告人高某于1993年2月15日在中央机关工作人员高潮的办公室,翻阅并摘抄了两份绝密文件的部分内容。还于1993年1月至4月间刺探有关我国机构改革等国家机密(均属绝密级),并将摘抄刺探的国家秘密撰写成文章,在境外报刊上发表,为此获得稿酬港币八百元。

被告人高某在审理中辩解没有主动向高潮要过文件和材料，没有犯罪的目的。高某的辩护人张思之、牛炳宜认为高某没有犯罪的动机，其行为不构成犯罪。

经审理查明：

高某与高潮（另案处理）于 1993 年 1 月相识。1993 年 2 月 15 日高某到高潮的办公室时，高潮将两份绝密级文件交给高某翻阅并准其摘抄。1993 年 1 月至 4 月，高某多次将从高潮处得知的一些国家机构改革等国家秘密（均属绝密级），撰写成文章，在香港报刊上发表。为此，高某获稿酬港币八百元。

上述事实，有物证、书证在案证实，有高潮供述及证人赵某某、赵某的证言在案佐证。

本院认为，被告人高某无视国家法律，违反国家保密法规，将从高潮处得到的国家重要机密，撰写成文章，在境外报刊上发表，情节严重，其行为已构成泄漏国家重要机密罪，应依法惩处。北京市人民检察院分院指控高某犯罪的事实清楚，证据确凿。但根据本案的具体犯罪事实、情节，应定高某犯泄漏国家重要机密罪。高某的辩解，没有事实根据，不予采信。高某的辩护人的辩护意见亦缺乏事实和法律依据，理由不充分，不予采纳。本院依照《中华人民共和国刑法》第一百八十六条、第五十二条、第五十一条第一款、第六十条之规定，判决如下：

一、被告人高某犯泄漏国家重要机密罪，判处有期徒刑六年（刑期自判决执行之日起计算，判决执行以前羁押一日折抵刑期一日，即自 1993 年 10 月 2 日起至 1999 年 10 月 1 日止），剥夺政治权利一年。

二、查获之赃款港币八百元予以没收。

1994 年 11 月 10 日

二审裁定书

原公诉机关：市人民检察院分院

上诉人（原审被告人）：高某，女，五十岁，北京市人，无业。现羁押在国家安全局看守所。

辩护人：张思之，北京市中北律师事务所律师。

傅可心，北京市中北律师事务所律师。

市中级人民法院审理高某泄漏国家重要机密一案，于1994年11月10日作出刑事判决。高某不服，提出上诉。本院依法组成合议庭，审理了本案。辩护人张思之、傅可心向法庭提交了书面辩护意见。本案现已审理终结。

市中级人民法院判决认定：高某与高潮（另案处理）于1993年1月相识。1993年2月15日高某到高潮的办公室时，高潮将两份绝密级文件交给高某翻阅并准其摘抄。1993年1月至4月，高某多次将从高潮处得知的一些国家机构改革等国家秘密（均属绝密级），撰写成文章，在香港报刊上发表。为此，高某获稿酬港币八百元。故原审判决认定高某犯泄漏国家重要机密罪，判处有期徒刑六年，剥夺政治权利一年；查获之赃款港币八百元予以没收。

高某在上诉中提出，我的行为不构成犯罪；原判量刑过重。其辩护人张思之、傅可心的辩护意见：高某的行为不构成犯罪。

经本院审理查明：原判认定高某于1993年1至4月，在高潮的办公室阅看并摘抄了两份绝密文件的部分内容的事实和高某多次将其从高潮处获得的一些国家秘密撰写成文章，在香港报刊上发表并获稿酬港币八百元的事实是正确的。上述事实，有物证、书证佐证，有高潮供述和证人赵某某、赵某的证言在案证实。高某亦供认。

本院认为，高某目无国法，违反国家保密法规，将从高潮处获

得的国家重要机密，撰写成文章，在报刊上发表，危害国家利益与安全，情节严重，其行为已构成泄漏国家重要机密罪，应依法惩处。高某上诉所提其行为不构成犯罪的辩解，没有事实和法律依据，应予驳回。其辩护人的辩护意见，理由不充分，亦不予采纳。原审法院根据高某犯罪的事实，犯罪的性质、情节、后果及对于社会的危害程度，对其所作的判决，定罪及适用法律正确，量刑适当，审判程序合法，应予维持。据此，本院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百三十六条第一项之规定，裁定如下：

驳回高某的上诉，维持原判。

本裁定为终审裁定。

1994 年 12 月 23 日

蔡惠林“泄密案”

案情简介

蔡惠林，退休前任化工部外事司司长，化工专家，退休后应聘任德国赫斯特公司驻市办事处顾问。

据检察机关指控，蔡在1992年10月任赫斯特公司顾问期间，按该公司的要求搜集、整理并提供了《中国的山梨酸和山梨酸钾生产》等三份属于“秘密级”的资料，交该公司参用，构成“为境外机构非法提供国家秘密罪”。据此提起公诉。

律师详细地分析了上述三份资料的性质及其来源，断然否认指控能够成立，认为蔡惠林无罪。

法院支持检方指控，判处蔡惠林有期徒刑三年。蔡上诉，被二审驳回。

辩 护 词

一审辩护词

蔡案合议庭：

我们先就与本案有关的事实，为被告人蔡惠林作如下的辩护——

起诉书指控“蔡惠林为境外机构非法提供国家秘密”，涉及三份材料，分陈于下：

依照起诉书的说法，他提供给德国赫斯特公司的第一份材料是《1992年染料、有机材料、助剂、中间体生产计划》。对此有五个问题：

一、蔡惠林在法庭调查中所作的供述，与侦查机关的指控，互不一致。蔡借得的文件未标明密级，而侦查机关提交作为证据的文件则印有“秘密”字样；那么，这个文件究竟有几个文本？蔡借的那份已由侦查机关扣押，没有理由不提交法庭作为原始书证予以核实。

二、蔡惠林摘抄上述材料中关于染料的数据，早于蔡告知本案关系人谢家泽之前的1991年12月，即被《化工商品报》、《中国染料通讯》公开发表，其中列举的品种数和产量，与蔡的摘抄互相一致。既已公开发表，自无密级无疑。

尤应指出，姑且不论蔡惠林对谢家泽表示不把该项资料传真给赫斯特香港公司的情况未经质证核实，谢家泽签发的传真件中引用的数据材料上分明标题为：“1992年十一种染料产量。”这里的所谓“产量”，至少有两种涵义，一是计划产量，一是实际产量。

由此可见，从证据上分析，不能认为谢发的传真件同蔡持有的资料是一个东西、一回事；这也说明：蔡本人的言行不发生泄漏国家秘密问题。

三、在我们向法庭提交的一系列证据材料中，有一份公开发行的《染料工业消息》，在它的1991年第九期上，就公布了"1992年安排染料生产品种446个，计划产量比1991年计划数字增长1.17%"。此外还分别列出11类染料的品种数、批产量的增长数及下降数，从而也就公布了1992年的具体的"计划产量"！这份资料，更早于蔡惠林告知谢家泽几个相关的数据之前：无密可泄，昭然于世人；蔡告诉谢的数字材料绝非国家秘密，极易查明。

以上是关于染料部分的数据中的问题。

四、关于有机颜料的数据，蔡惠林告知谢家泽的，也不是国家秘密：——

《染料工业消息》1992年第十二期，在其"综述"栏目中，发表了《国内有机颜料工业发展概况》，比较详细地分析了我有机颜料工业的全面情况，公布了生产厂家、生产品种数目及其产量，宣布1991年我国的有机颜料产量已达17000吨，其中计划产量为107万吨。这就充分说明，关于有机颜料的一些数据，不是国家秘密。

还有，一份名为《精细与专用化学品》的外售刊物，在其1992年第十期上，发表了《我国"八五"期间有机颜料发展计划》，从面说明：即使是这类产品的计划数据，也不是国家秘密。

在说清楚案中涉及的材料的性质之后，有必要就其中的一个重要情况作出我们的分析。

蔡惠林告诉谢家泽上面说明的数据材料，并由谢传真给外商，我们不认为属于"泄密"；因此，尽管谢在整个事件的发生、发展及其结局上都起了重大作用，我们也没有把她视为"同案犯"，并以此为据发表法律见解，我们认为有关的执法部门对谢的行为不加追究是正确的。可是，依据适用法律应当一律平等的宪法原则，我们

又为什么偏偏对蔡惠林加诸刑事责任要求，处以刑罚呢？

五、卷中存有1993年8月5日化工部保密委致北京国家安全局的公函，行文中明确指出："中国染料、有机颜料和染料体生产情况"等材料，均无密级，"属内部资料"。鉴于内部资料不属于"国家秘密"，法有明定，因而化工部保密部门的这个意见对本案显然有其重要参考价值，应请一并予以考虑。

关于起诉书指控被告人提供给赫斯特公司的第二份材料，即《中国的苯乙烯和醋酸乙烯生产》，敢以下述事实反驳指控，请法庭核查——

第一，这份材料的上述标题，出于蔡惠林自定，我官方并无以此为标题的秘密文件。

第二，这份材料中的关于苯乙烯的全部数据，不差丝毫地引自标价出售的《中国石油化工总公司年鉴(1991)》。

第三，这份材料中的关于醋酸乙烯的数据，出自公开发售的《化工百科全书(二卷)》，详加比较，除个别生产厂家的名称或有笔误外，互相一致。

第四，查阅《有机化工原料通讯》第二十四期，在刊物头版"评述"一栏中，发表了《醋酸乙烯市场和技术状况》，文中详尽地分析了世界市场以及各主要工业国的市场，关于中国市场，也按十三个主要厂家列表公布了"我国VAM的产能预测"，其中包括1995年和2000年的生产能力。同时还具体地确认我国"1991年VAM的产量达到36万吨"。

试将上述四点事实联系起来加以考察，足以证明所谓"非法提供国家秘密"没有足够充分、可靠、可信的证据，这条指控，不能成立。

至于起诉书指控被告人提供给赫斯特公司的第三份材料，即《中国的山梨酸和山梨酸钾生产》，谨提出以下证据材料，请对它的可信性予以判定——

第一、关于山梨酸部分：蔡发赫斯特公司的传真件中，有关生产山梨酸的厂家及“总规模”的数据，均引自1992年12月5日出版并公开发行的《有机化工原料通讯》第二十三期；关于“工艺”，则与公开刊物《精细有机化学品技术手册（下）》中公布的，完全一致。值得提请法庭特别注意的是：已公布的“新”工艺，蔡的传真件中概未涉及。

第二、关于山梨酸钾部分：蔡发传真件中所引数据，包括总产量、主要厂家及其各月的产量、进出口情况等等，无不来自《有机化工原料通讯》，互相对照，全然一致。

总之，“秘密”来自、得于书市、期刊，确实有据；即使提供外商，有何不可，何罪之有？卷中鉴定，应予复议。

综合以上各项事实，不论是蔡惠林告知谢家泽的材料，还是他发往赫斯特香港公司的数据资料，共有以下五个特点：

（一）这些材料及其中所含数字，都是介绍性的；

（二）向外商介绍这些材料和数字，有助于外界了解我国染料、有机颜料、山梨酸钾等等方面的底细，从而加强外商来华投资的决心；

（三）这些材料无一涉及技术秘密，都不是科学技术中的秘密事项，更不是国民经济中的秘密事项，总之不是《保守国家秘密法》第八条中所列的“秘密事项”，因而也不会危及国家安全，也无损于国家利益；

（四）这些材料及其中涉及的数据，都不是该行业领域中的重要的或者敏感的资料，因而没有危及行业的利益；

（五）最后，也是最要紧的，这些材料和其中涉及的数据，都先于蔡惠林告知他人或传送客商，公之于世，因而绝不属于“国家秘密”的范畴，不该再生疑义。

将上述五个特点结合起来考察，应能得出一个判断：根据起诉书中所列事实加人以罪，确属失当，理应否定。

以上是我们从案件的“事实”方面所作的辩护。下面将围绕事实更进一层地发表三点见解，作为我们认为被告无罪的另一方面的几个论据——

一、民用工业、商业领域的年度计划，即使在拟制时作为“秘密”处理，到了年度之末，已经执行完毕，不论是否经过“解密”程序，其密级与程度自然都已降低，而没有理由视之为“国家秘密”；这，也正是《保守国家秘密法实施办法》第十五条第一项所定的“该事项公开后无损于国家的安全和利益”的情况。

二、化工系统排产会议提出的数据，因这种会议仅属生产协调性质，没有指令性作用，加上参与人员又具有“面广”的特点，故通常都不认为、都不属于“国家秘密”，这是化工领域中的常规，众所周知，应无疑义。

三、进入九十年代，我国的“复关”申请正得到普遍关注，我们也更加迫切；为了实现“复关”，我们采取了一系列的政策，制订了相应的法律、法规，宣布：“我们政府在享受总协定规定的权利的同时，也承担缔结国普遍承担的一切义务。”为了享受权利、承担义务，我国政府的重要官员在研究世界大势的基础上，发表了一个大家熟知的论断：“当今世界相互依存、相互渗透的程度日益加深。”并在这一思想的指导下，采取措施，在发展市场经济中实行开放、公开、公平、公正的原则，增强并提高各自的“透明度”，以利于早日“入关”。正是基于这层考虑，中国代表团团长在关贸总协定中国工作组第十次会议（1992 年 2 月 24 日）的发言中，专门论述了我国实施“透明度”的具体情况和部署，并向会议提供了增加透明度的文件和清单，其中还有十七个“关于进口管理的内部文件”（请参阅佟志广团长的发言）。增加透明度，在涉外的商务活动中，双方或各方都要在无损于国家、民族整体利益总的原则下，亮出底牌，这是最起码的条件。这也许正是一些刊物发表上面提到的那些材料和数据的原因所在。

有人或许会问：交底与保密是什么关系？这首先得明确两个不同的法律概念之间的原则区别：一个是"国家秘密"，一个是不属于国家秘密的"其他秘密"。这两个概念及其区别，见之于《保守国家秘密法实施办法》，显然不得混淆或违背。对于国家秘密，自然不发生交底问题，而对于"其他秘密"，因其没有"关系(到)国家的安全和利益"，所以可在商务活动中交底、透明。

由此可见，在正常的商务往来中，就民用商品的发展现状和前景提供一些常用、常见的数据，即使是过去作为内部掌握的数据材料，也不能视之为"国家秘密"，而应认为是适应着新形势的客观需要。这个见解，既有法律上的依据，于本案有其重大参照的价值，也无可疑。

但考虑到蔡惠林已被指控为有罪的现实情况，我们还有必要补充一点：案卷中的全部材料证明，蔡惠林的行为都未越出法律的界限。我们在上面已经提到，他向外商介绍的有关山梨酸的材料，对其中涉及的新工艺，尽管已经公布，他都没有介绍。这足能说明：在保密与泄密之间，他能够掌握原则，划清界限。凡此一经查证，都能弄清。

通过上面的分析、论断，我们举出的辩护证据可信可靠，毋庸置疑，从而证明了指控蔡惠林犯有"非法提供国家秘密罪"没有根据，不能成立。

事实既失根据，援用的"准绳"必然不准。我们对于公诉机关在适用法律上的偏差发表两点见解——

第一点，《中华人民共和国保守国家秘密法》与起诉书援引的《关于惩治泄漏国家秘密犯罪的补充规定》，同于1988年9月5日以国家主席令的形式公布。因此，在涉及"国家秘密"的概念和"国家秘密的范围和密级"这些至关重要的问题上，不适用、不援引《保守国家秘密法》是很不适当的。特别是该法第二条、第八条，对于划清罪与非罪的界限起着无可替代的作用，不予考虑，不加引用，

易生偏差,不免失误。

鉴于该两条的规定极其明确,不会在解释上发生歧义,深信法庭能以明察,不再赘述。

第二点,蔡惠林告知他人或提供外商的材料、数字,既不"关系国家的安全和利益"(《保守国家秘密法》第二条),又不是该法第八条第四、第五两项中规定的"秘密事项",已如上述;因此,应适用《保守国家秘密法》判定蔡惠林无罪。

至于本案不能适用全国人大常委会关于惩治泄密的《补充规定》,前面的陈述已经说明,这里也无必要再作重复,相信合议庭能以明鉴。

最后,我想针对公诉人发表的公诉词,为被告人再作两点辩护——

一、公诉词支持起诉书的论点,确认蔡惠林犯有罪行;但却没能讲清、说明被告人的犯罪动机、犯罪目的、犯罪手段,更没能论证"情节"的性质以及犯罪行为是否造成了什么样的危害后果。总之,公诉机关指控的犯罪不见"动机",没有"目的",缺乏"手段"、说不出"后果",换句话说,既缺乏"犯罪的客观要件",又缺少"犯罪的主观要件",当然也就不会有那必须具备的两种要件的有机统一。这是本案公诉人未能划清罪与非罪的根本原因。这种情况,虽屡见不鲜,却是审判实践必须予以纠正的。

二、我们与公诉人有一点认识是相近的,即:蔡惠林不应于退休之后不听组织劝止,擅自去赫斯特公司工作。对于长期在化工系统担任重要公职的被告人来说,这是个错误。对于这类行政性的错误,应当运用行政手段绳之以纪律,加强教育,提高认识,绝不可以把错误的性质升格和扭曲为犯罪而绳之以法。

我要举一个广为人知的实例说明问题:吉林化工总公司是我国最大的一家化工企业,它的前任负责人在与外商谈判"30万吨乙烯"这个重大的、重要的项目过程中,准确无误地泄漏了"国家秘

密”,其情节又并不轻微,有关执法部门也曾介入侦查,最后也还是采用了行政手段,几经教育,调职结案,至今仍在特区--公司担任要职。这个实例,对本案既有参照性,又有启示性,恳请予以研究,对案情审慎决断,避免伤及“自己人”的悲剧。

法庭调查及案卷材料都表明:蔡惠林是个诚挚的爱国者,对伟大祖国的建设事业有着强烈的责任感和使命感,退休以前表现甚好。他能力强,水平高,有为人称道的业绩,是我化工系统中的一个人才。他犯有违反组织原则的错误,但究其根源也并不是为了几个马克的卑劣私欲。对于这样的一个专家,按照我们党的一贯政策,实宜从严批评,从宽处分,施以教育,促其改正,使他在有生之年能够再建业绩,多作贡献。

通过今天的法庭调查,我们决不怀疑,合议庭一定能把握住“具体地分析具体问题”这个思想武器,正确地分析案情,从而作出准确的判断。

我们指望法庭执法的严肃性,不会使无罪的人受到非分的处理。

1994年4月8日

二审辩护词

蔡案审判长、合议庭:

研究了一审关于蔡案的判决书,结合本案的全部案卷材料加以分析,我对其基本内容持否定态度;我作为蔡惠林的辩护律师,认为被告人的上诉确有充分的理由,并进一步地为之作如下的辩护——

一、一审判决断言,他认定的事实不仅有书证、物证和鉴定结论,而且有证人证言“在案佐证”。这无疑是说,上述证据是一审判

决的全部根据之所在。对此，有以下质疑：

（一）关于“鉴定结论”即“复查意见”。

该“复查意见”提出的“维持原密级鉴定意见”的以下“理由”，不能成立：

1. 关于山梨酸和山梨酸钾的材料，出自《石油化工快报》1993年12月的第二十三期，出版于蔡惠林被捕之后，“蔡尚看不到”（引自“复查意见”）。

我们认为，资料是否属于国家秘密或者属于哪个密级，是客观存在，由法律规范，当事者看得到或看不到都不能否定。因蔡“看不到”故属于秘密，而如能看到呢，就属另一种情况，这个立论，怎么站得住呢？

这里有必要着重指出：资料既已出版发行，则无“密”可言，应属常识而无疑义。

2. 蔡写的材料，“以肯定语气提供了我国食品工业防腐剂的全面信息，对外商是非常有价值的，这对于我与外商谈判处于被动地位”。

此“理”中有两个问题：

第一，资料是否具有“价值”，可以从不同的角度作出不同的判断；不同的对象又会有不同的估计。是否有“价值”，与是否属于“国家秘密”是两个概念、两回事，怎么能任意混淆、相提并论？

第二，谈判是否处于被动地位与资料介绍之间并没有客观的、内在的、必然的关系，即没有法律意义上的因果关系；更何况，制定该“复查意见”的单位又不能具体举出哪次谈判是由于蔡的资料而使我“处于被动地位”，试问，怎么可以凭着推测来加人以罪呢？

3. 关于对《中国的苯乙烯和醋酸乙烯生产》材料的鉴定——复查意见，有以下质疑：

第一，该复查意见认定：“（在蔡惠林整理的材料中）……内部资料没有的，也补充进去了，例如吉林化工公司苯乙烯的生产能

力。"诚然,蔡惠林的"材料"中确实用加注的方式说明吉林化工公司有年产苯乙烯两万吨的生产装置,但我们必须辩明的是:吉林化工公司的这套装置引自国外,并非我们的"国家秘密",因而在该公司的"产品介绍"的材料中已经标明。由此可见,虽属"补充",绝非"泄密",应请明察。我们还不得不指出的是:复查意见在本案中用"例如"这样的词语,给人以这样的印象:好像蔡的"补充"非此一件,其罪证是极其充分的。而其实却恰恰是仅此一例。作为"鉴定",这种写法不能认为是郑重的,它因此而失去了原本应有的证明力,对此请予明鉴。

第二,该复查意见认定:"(蔡惠林整理的有关材料)……是从我部编写的《主要化工产品供需预测》第三十三号(醋酸乙烯)的材料中抄写的。……此材料明确注有'内部资料,注意保密'。"

请注意:上面引的那份"第三十三号"材料,是全部复查意见中的唯一的一份证据性文稿。按照法定的要求,对于这项证据材料,一应提交法院入卷备查,二要与被告人"见面",经过质证。现在的问题是:都不或者没有这样做,这在客观上、实际上剥夺了被告人的辩护权,不符合我《刑事诉讼法》要求的民主、公正、公开的原则,应请二审予以补救。

由于我国律师工作目前还有着我们难以逾越的局限,不得不请求二审法庭查明两点:(1)这个"第三十三号"材料与卷中证人所说的"国内化工产品近期需求预测"是不是一个东西、一回事?(2)这个名为"主要化工产品供需预测"第三十三号材料是不是从"第一号"起就不是非卖品?事涉定性,至盼采纳。

还应申辩的是,据该复查意见,那份"第三十三号"材料,明确注有"内部资料,注意保密"。这恰恰证明着该"第三十三号"材料仅属"内部资料",绝非"国家秘密"!因此其上标明的"注意保密"只是一般意义上的,绝非"保守国家秘密"也无可置疑。

第三,该复查意见认定:"(蔡惠林所写的材料)……多处提供

了产品的技术关键、发展规划以及重要的技术背景材料等等。”这不是事实。鉴定不能具体地举出例如哪项产品的哪点“技术关键”等等，足可从侧面证明我们的论断。我们在一审的审理过程中，曾向法庭明确说明：“值得提请法庭特别注意的是：已公布的‘新’工艺，蔡……概未涉及。”我们坚持这个符合实际的论断。

以上是对于复查意见坚持“维持原密级鉴定”的主要“理由”提出的否定意见或者质疑。

经查该复查意见援引的法律性文件是《化学工业国家秘密及其密级具体范围的规定》，并具体说明了这个《规定》的第二条第三项第一、八目。我们研究了这个《规定》以及化工部随后发布的《实施〈化学工业国家秘密及其密级具体范围的规定〉的有关说明》，结合本案案情，认为复查意见涉及的有两个问题“都没有解决”，有待于我人民法院依法断定：

第一点，该《规定》确认的“秘密级事项”，其中有一大类是所谓“尚未公布的……资料”。我们的问题是：“具有公布职权的国家机关、部门尚未正式公布的事项”（见《有关说明》第二条），却被另一同样具有一定权威的机关、部门标价发售了，在市场这个大海中“流通”了，这种矛盾结出的“不幸的”果，让那按照标价买人的不幸者来承受，这违背了市场经济的法则，不符合我们的法制原则，恳请明断！

第二点，上引的《规定》确认的“秘密级事项”中的另一类是所谓“关键性技术”。我们的问题是：全国的化工行业为数甚多，绝非每一行业都有所谓应视为“国家秘密”的“关键性技术”，从本案的案情出发，指控涉及的化工行业统统属于“民用”，其中的最新工艺、尖端技术无不来自“引进”，而且在国际上不属于“秘密”！由此可见，复查意见援引的《规定》，并不切合蔡案的实际。值得思考的是，在复查意见中，完全没有提及“染料、有机颜料、助剂、中间体”的问题，应当说，同我们提出的问题是互相吻合的，即：其中并无

“关键性技术”可言。

关于“复查意见”作为鉴定即作为一种证据，我们的否定性意见要如上述。为了进一步地说明指控蔡惠林“泄密”不能成立，再从正面陈明以下事实和意见：

1．关于“染料、有机颜料、助剂、中间体”：蔡惠林告知谢家泽的材料，早于1991年就被《化工商品报》、《中国染料通讯》、《染料工业消息》、《精细与专用化学品》等刊物公开发表，十分详尽。

2．关于“苯乙烯和醋酸乙烯”：蔡惠林材料中涉及的资料，分别引自书市可得的《中国石油化工总公司年鉴(1991)》、《化工百科全书(二卷)》、《有机化工原料通讯》等刊物，视之为“密”，悖于情理。

3．关于山梨酸和山梨酸钾：蔡惠林材料中涉及的资料，分别出自《有机化工原料通讯(二十三期)》、《石油化工快报(有机原料)》、《日用化工原料手册》、《精细有机化学品技术手册(下)》等刊物，公开流传，传播甚广，硬定为“密”，过于武断。

4．细查侦查机关指控蔡惠林“泄密”所涉及的材料共三份，其中的事项与数据都不是化工领域中的重要数据、敏感资料，没有也不可能危及化工行业的利益；这些材料无一不是介绍性的，不是科学技术中的秘密事项，不涉及技术秘密，不会危及国家安全，无损于国家利益。退一步说，对于这些民用化工产品来讲，即使一些常用、常见的数据在“改革、开放”的过程中曾被作为内部掌握的数据材料，也不可以视同“国家秘密”，有人在商务往来中予以介绍，应视为适应形势的客观需要。这个见解，不仅有法律上的依据，而且实践中有例可循，著名的吉林化工总公司前任负责人与外商谈判“三十万吨乙烯”项目中的“泄密”事件经过侦讯，调职了结，就是很恰当的一个参照实例。总之，把蔡惠林“整理”的材料定为“秘密”，有其难以解决的矛盾，提请依法公断。

5．我们认为，司法鉴定，不论出自哪一级权威的部门，它都是

一种证据;人们对证据质疑,是一项重要的诉讼权利,法庭依据相关资料对其证明力加以审核并作出独立的判断,则是一项司法权力。总而言之,任何鉴定都不能由作出结论的部门"定"了就算数,这是毋庸置辩的。基于这些,郑重建议法庭对上引的"复查意见"予以审核,得出定论,以维护被告人的合法权益。

(二)关于证人证言。

一审判决认定"经审理查明:被告人蔡惠林……搜集、整理并提供了……三份秘密级资料给(赫斯特)公司……从该公司得到酬金 8000 美元"之后,笼而统之地断言:

"上述事实,有……谢家泽等(三)人的证言在案佐证。"对此,我们又有以下几点质疑:

1. 从整体上说,一审判决没能认定哪位证人的证言证明了哪一项"事实",或者是三人都能证明判决所列的"全部"事实。因此,所谓"在案佐证"之说,尽管语意肯定,其证明力却极其微弱,不具有说服力。

2. 关于史献平证言:我们在一审审理中着重陈明,被告人从史处借得的文件未标明密级,而侦查机关提交作为证据的文件又印有"秘密"字样,那么,这个文件究竟有几个文本?蔡从史处借的那份,已由侦查机关扣押在案,何以未作为原始书证提交法庭?

有必要重复地申明:有关部门在其密级鉴定的"复查"中,对于史献平借给蔡的材料中涉及的内容并未具体地作出结论。

据此,我们有理由指出:史献平证言不能证明一审判决中所认定的如上述的事实。

3. 关于马国华证言:查一审案卷的第二册第 59 页,马国华的证言是:蔡惠林在他们那里买过《国内化工产品近期需求预测》这本资料,该资料据马证:"……从出版第一本开始就卖了。"

事实是这样明白:仅止于证明卖给资料,显然未能证明一审认定的如上述的事实。对此,恳请二审予以详查。

4. 关于谢家泽证言：谢的证言与被告人的辩解这两种证据之间，互不一致，矛盾突出；我们依据刑事诉讼法的规定要求质证，一审不予采纳。不料却以谢证作为定案依据，这违背了证据运用的基本原则，不是实事求是的态度，应予否定，无可置疑。

以上各点，是我们对于一审判决的证据问题所作的辩析，这些问题，关系到本案的定性，相信二审能以明察，并得出正确的判断。

至于一审判决把蔡的正常工作报酬，极其武断地定为"赃款"，这是连起诉书都没有的不正确提法，虽非主要，毕竟失实，应请纠正。

二、一审判决"认定，……辩护人的辩护意见缺乏事实"，此论应属臆断。姑且不论我们的当庭发言，我们在庭上呈交法官的书面证据涉及指控被告人有罪的全部问题，共有四十余页，有力地支持着指控失实、被告无罪的论点，这怎么能说是"缺乏事实"？我们请求将这四十余页的证据材料移交二审，附人正卷，以备审查。一审对于如此重要的证据，持回避立场，于法不合，应请补救。

一审判决还"认为，……辩护意见缺乏法律依据"，此说也不符合实际。我们的辩护词，不仅陈述了、论证了与本案有关的事实，而且有根有据地提出了法律见解；我们依据《保守国家秘密法》第二条，第八条，以及《保守国家秘密法实施办法》中的相关条款，具体地分析了案中的法律适用，既从反面依法说明公诉人援引《关于惩治泄漏国家秘密犯罪的补充规定》的不准确性，又从正面举出了与本案实为一体的谢家泽行为的实例，说明对谢的处置原则应依宪法原则同样地适用于被告人蔡惠林，否则，何以体现"法律面前人人平等"的神圣的宪法原则？凡此诸条，不都是"法律依据"吗？怎么可以那么轻率地把"有"演化为"缺"呢？

三、一审判决"认为，被告人蔡惠林……（的）行为已构成为境外机构非法提供国家秘密罪"。我们不得不指出，这个认定，仍然没能说出被告人的犯罪动机、目的和手段，没能论证"情节"的性

质，更讲不出犯罪行为是否造成了什么样的危害结果。总之，既缺乏犯罪的客观要件，又缺乏犯罪的主观要件，从而也就不可能判定那依法必须具备的两种要件的统一。唯其如此，也就划不清罪与非罪的原则界限。

而我们主张被告人无罪，既有“根据”，又合“准绳”，相信终能被我人民法院采纳。我们请求二审连同我们的一审辩词一并予以审查。

四、我们既有义务维护国家法律的正确实施，也有责任通过辩护实务促进国家建设事业的蓬勃发展，为此愿以急切的心情再次陈述一个并非不重要的观点：本案被告人是我们自己培养出来的专家，在我化工系统中是一个难得的人才，我们不可以轻率地把这个积极力量化为一种消极的因素。诚然，他于退休之后未听从劝阻应聘于德国赫斯特公司，违背了组织原则，但这毕竟是党内教育或者行政处分的问题，不应该升格和扭曲为刑事问题而绳之以法。我们认为，他在一审法庭上所作的陈述是真诚的，因而绝不怀疑，他于案结之后仍能振作精神，作出贡献。我们相信二审能对全案的各个方面都作出具体的分析，从而得出准确的判断，我们指望二审的公正性。

1994年7月31日

诉 讼 文 书

起诉书

被告人蔡惠林，为境外机构非法提供国家秘密一案，经安全局侦查终结，移送本院审查起诉。现查明：

蔡惠林于1992年12月间擅自去德国赫斯特公司驻市办事处工作。其间，应该公司雷曼、谢家泽等人的要求，先后提供了《1992年染料、有机颜料、助剂、中间体生产计划》的主要材料、《中国的苯乙烯和醋酸乙烯生产》、《中国的山梨酸和山梨酸钾生产》(均为秘密后)提供给该公司。蔡惠林先后从该公司得到顾问费8000美元。

上述事实，有证人证言、书证及鉴定证据等证实，事实清楚，证据确实、充分，足以认定。本院认为，蔡惠林为境外机构非法提供国家秘密，构成犯罪，提起公诉，请依法惩处。

1994年2月3日

判决书(摘要)

被告人：蔡惠林，法国埃尔夫·阿托公司驻市办事处顾问。

起诉书指控被告人于1992年12月非法向德国赫斯特公司非法提供三份秘密级材料。

蔡惠林辩解他“所提供的情况、数字全是从公开资料上查询的，不是泄密行为”。律师认为蔡为赫斯特公司提供的材料数字均

不属于国家秘密,不构成犯罪。

经审理查明:蔡于1992年10月应赫司特公司要求,先后搜集整理并提供了《1992年染料、有机颜料、助剂、中间体生产计划》、《中国的苯乙烯和醋酸乙烯生产》、《中国的山梨酸和山梨酸钾生产》三份秘密级资料给该公司。蔡先后得到酬金8000美元。

上述事实,有书证、物证、鉴定结论及证人史献平、马国华、谢家泽的证言在案佐证。本院认为,起诉书的指控事实清楚,证据确凿。蔡的辩解和律师的辩护缺乏事实和法律依据,不予采纳。

判决:蔡惠林犯为境外机构非法提供国家秘密罪,判处有期徒刑三年。查获之赃款,予以没收。

1994年6月10日

法院刑事裁定书(摘要)

……经审理查明,蔡惠林于1992年10月到德国赫斯特公司驻市办事处担任顾问。应该公司要求先后搜集、整理并提供了《1992年染料、有机颜料、助剂、中间体生产计划》等三份秘密级资料给该公司,并获取酬金。上述事实,有国家保密局、化工部保密委员会的鉴定结论及证人史献平、马国华、谢家泽的证言佐证,蔡惠林亦供认不讳。

本院认为,上诉人蔡惠林违反保密法规,为境外机构非法提供国家秘密,其行为已构成犯罪,应当依法惩处。蔡惠林所提他所提供的资料都是公开性的、不属国家秘密的上诉理由,不能成立。辩护人提出蔡提供的数据资料不属于国家秘密,认定蔡犯罪的证据不足的意见,没有法律和事实依据,不予采纳。原审判

决,定罪和适用法律正确,量刑适当,审判程序合法,应予维持。裁定如下:

驳回上诉,维持原判。

1994年8月19日

邓洁瑜“非法经营案”

案情简介

市财政局工作人员罗斌贪污、挪用公款案，数额特别巨大，情节相当严重。罗负案在逃，牵连多人被捕。

本案被告人邓洁瑜所属的广达公司与罗斌有借贷关系，并曾作为中介，代罗私购外汇，疑其为罗案“共犯”。经立案侦查，查处经年，认为：“挪用”罪名不能成立，复以“非法经营罪”起诉。

2000年6月，一审开庭审理，判定被告人有罪，处刑4年。

辩　护　词

合议庭：

邓洁瑜一案，一开始就被有关机关与当时成为“五·一八专案”的市第一大案——罗斌贪污、挪用公款案挂上了钩，邓本人被断定为涉嫌“挪用公款”，并疑她“企图潜逃”，先予拘留，后转为逮捕。我们介入后，遵循法律的明确规定，提出充分法定理由，一再要求检察机关变更强制措施，都未获得答复，给人以莫测高深的印象，问题似乎相当严重、复杂。因此，我们不仅十分重视，而且极其慎重，在每个环节上都依照法律的规定认真地履行职责。通过今天的法庭调查，进一步地分析考察了控方举出的证据，我们对案情终于有了比较正确、相当明晰的认识；在此基础上，我与池英花律师针对起诉书和公诉人方才发表的公诉词，发表以下意见，为邓洁瑜辩护。这是我们的联合发言。

重点讲三个问题——

一、邓案在程序上严重违法。

（一）起诉书隐约表明，邓案始于涉嫌挪用公款。按照刑事诉讼法对于管辖问题的划分，以及最高人民检察院于 1998 年 5 月 7 日颁布的《检察院直接受理立案侦查案件范围的规定》，挪用公款案应由检察院直接立案侦办，无可置疑。使人难以理解的是，起诉书对此不知为何并不正面说明，只是在介绍被告人的自然状况中加入一句，说邓洁瑜“1998 年 5 月 21 日因涉嫌挪用公款被市公安局刑事拘留，同年 6 月 3 日，……执行逮捕”。这分明使用“打马虎眼”的手法给人一个假象，仿佛邓案从 1998 年 5 月起，自始由公安机关侦办，其间对邓采取的强制措施出自公安机关而不涉及检察院。然而，这不是事实。我们在侦查阶段

作为犯罪嫌疑人委托的律师进入程序，自始与检察机关发生联系，并经他们批准会见过邓洁瑜，就足以证明。现在的问题是，起诉书分明断定邓洁瑜的"挪用公款"罪并不能成立，那么，按照刑事诉讼法的精神和原理，根据最高人民检察院的《实施刑事诉讼法的规则》，依据该罪名所采取的强制措施当然也是不正确的，从而应予取消，对邓洁瑜立即释放。不料检察机关并不纠正失误，却用变换罪名的办法，把案件推移到公安机关，借以回避严重超期羁押犯罪嫌疑人的错误，这种做法是很不正常的，没有法律上的依据。

（二）邓洁瑜因一个莫须有的罪名被关押，最终以"非法经营案"起诉，长达两年之久。超期羁押，相当严重。检察院不仅不执行全国人大常委会和公安部分别发布的相关指示，而且不考虑最高人民检察院1998年和1999年两次颁布的《人民检察院刑事诉讼规则》中的相关规定，即："经审查超过法定期限的，应当提出释放或者变更强制措施的意见由检察长批准，通知公安局执行。"从而侵犯了当事人的人身权利，问题相当突出。

（三）检察机关在向人民法院移送案卷材料时，不遵照最高人民法院《关于执行〈刑事诉讼法〉若干问题的解释》，移送"侦查、起诉程序的各种法律手续和诉讼文书复印件"，看来也无意接受合议庭和诉讼参与人对此必须实施的法庭审议。按说，依据上引最高法院司法解释第一百一十七条(二)项的规定，人民法院应退回要求移送，如不能达到要求时，"应决定不予受理"。按照目前的情况，起诉机关对邓的起诉不符合法定要求。我们基于对合议庭的尊重，才在审判长的指挥下实施各项诉讼程序，但实感有责任请求合议庭就此对有关机关提出司法建议，要求纠偏，以儆效尤，并切盼在本案诉讼进程中采取补救措施，维护被告人的合法权益。

（四）根据卷内由公安分局刑警大队出具的"抓获经过"，暂

且不论其中在主要之点上的不实叙述，它表明邓案从一开始就由一个由公安、检察等参加的“专案组”统筹侦办。专案组直接办理案件，必然与宪法和法律抵触，这是本案在程序上不能依法办事的根源。我们在这方面有着极其惨痛的教训。中央早在1980年就发出了著名的64号文件，严禁设立“专案组”办理讼案。不料有些地方至今拒不执行。试想，“专案组”行使或者代行了公、检的职权，肯定不违宪就违法，这个问题具有严重的性质，恳请对其错误，加以明查，予以纠正。

二、起诉书的指控基本失实，证据不足。

起诉书指控的犯罪事实两项，庭审调查表明，都没有达到“清楚”的程度，证据并不充分与确实，分别说明：

关于第一项，据起诉书指控，邓洁瑜利用广达公司账户，分六次将人民币18 277 279元汇到金叶、瑞昌、中农三公司，换成港币1 540余万元。然后邓将境外单位在香港的银行账号提供给上述三公司，将换得的港币汇到香港的指定银行。这里有三个问题——

1. 姑且不论上述的18 277 279元人民币并无确实的凭据证实，问题还在于：这是谁的钱，属于什么性质，在案中是必须查实的，不知何以没有查实？再者，邓洁瑜作为广达公司的法人代表，指控她“利用”自己的账户之说，显然过于牵强，没有任何说服力。明确地说，起诉书指控的邓洁瑜的行为实际上是邓所属的“单位”的行为，事关“主体”的确认，不可以含糊其词。

2. 所谓将换得的港币“汇到香港的指定银行”，是哪一家或哪几家？又是谁“指定”的？为何不能实指？一个明显的道理是：邓洁瑜的公司既然在香港有自己的“银行账号”，自然无需再“指定银行”让金叶等三家公司汇人外汇。起诉书之所以闪烁其词，无非是为了回避这些账号有些属于罗斌指定的银行。这就从另一个侧面表明，邓洁瑜的广达公司在兑换外汇上仅止于提

供了账户，起的是“中介”作用，非法买卖外汇的主体则分属罗斌和为他兑换的公司。

3. 这笔港元外汇现在是否还在“指定银行”的账上，还是由谁取走，起诉书未能说明走向与去向，这也是指控中的重大瑕疵。根据查证，这笔外汇，已由罗斌分八次取走，卷中所附的罗斌收据应是可信的证据，这说明邓洁瑜的广达公司前此实施的行为确属中介而且早已完成，无可争辩。

关于第二项，据起诉书指控，邓洁瑜分五次“将罗斌涉嫌贪污的人民币在市里的烟档等处兑换港币 1 848 万元，然后由罗斌取走。”这里的问题是：

1. 起诉书所说的人民币，没有明确、具体的数额；认定这笔人民币属于涉嫌贪污的款项，对于邓洁瑜来说，是虚妄的。邓洁瑜在自己被捕后方从检察部门得知罗斌涉嫌贪污，她所属的广达公司与罗斌只有借贷关系，有证可查。

2. 指控邓洁瑜分五次在烟档兑换港币 1 848 万元，没有证据证实。

3. “由罗斌取走”一说失之于笼统，按照起诉书的逻辑，既已查知“先后五次”兑换，那么，是一次或分几次“取走”，用什么方式取走，竟都不能实指，作为指控，这是缺陷。

总而言之，证据表明：第一项指控中实指的人民币 1 800 余万元，就是第二项未能明示的人民币的数额，是罗斌要求邓洁瑜的公司介绍兑换的款项。而第一项指控中没有实指的外汇去向，正是第二项中所明示的“罗斌取走”。上已说明，罗分八次取走了这些外汇，有他亲笔开具的收据可证。

综合以上几点，首先表明起诉书关于“邓洁瑜非法购买外汇”的指控带有严重的片面性。事实是：邓洁瑜代表的广达公司作为中介，代人非法购买外汇；这反映出两个要点：第一，邓洁瑜作为法人代表实施的行为，依法属于法人行为，不是个人行为；

第二，介绍购汇，是中介行为，不是非法购买的行为。

其次，庭审调查证明：公诉人指控的非法买卖外汇数额严重失实，两项指控中分明存在着严重的重复与重叠。公诉人表示"可以扣除"，这当然值得赞许。但又说应请合议庭合议时对证据再加复核然后认定。这种事实不清贸然起诉，诉后又将举证责任推脱得一干二净的做法，则是我们不能同意的。关键在于，上述的事实，对于分析当事人行为的性质，无疑具有重要的意义和作用。我们不能够草率从事，更不会置法律于不顾。此情应请明鉴。

至于邓洁瑜所属的公司因业务需要而非法购买的小量外汇，鉴于并不涉及案中的事实，故不申辩。

三、起诉书适用法律的失误。

起诉书援引全国人大常委会《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》第四条一款，指控邓洁瑜的行为构成"非法经营罪"是不正确的。这项《决定》发布施行于1998年12月29日。1999年3月16日，两高一部发布了公通字(99)39号文件，其中第十二条有两项明确规定。第一项指明："对于上述《决定》公布施行前发生的，公布后尚未处理或者正在处理的行为，依修订后的刑法第十二条第一款规定的原则办理。"众所周知，该项原则就是审判案件适用法律应当遵循的"从旧兼从轻"的原则。据此，审判邓案应按"从旧兼从轻"的原则办理无可争辩。其第二项则是：执法部门处理骗汇、逃汇、非法买卖外汇等类案件，应严格遵照最高人民法院1998年8月28日发布的法释字(98)26号文件，即《关于审理骗购外汇、非法买卖外汇刑事案件具体适用法律若干问题的解释》定罪量刑。这就有必要对最高的这个司法解释结合本案做出明确的判断了。

查该最高法院的司法解释，凡属单位犯罪几乎都有特别规定；而唯独对于非法买卖外汇，并不明示单位犯罪应如何处理的

罚则，具体地说，并未实指单位非法买卖外汇也以 20 万美元以上为起点援引刑法定罪处罚。但是，参照该司法解释第 4 条，有单位为他人向银行骗购外汇，数额在 500 万美元以上的，可按照刑法相应条款定罪处罚的规定。骗汇，无论是性质或手段乃至行为的动机目的，都比非法买卖外汇严重，但规定以 500 万美元作为犯罪指向的数额的起点，据此，单位非法买卖外汇的处罚不应低于 500 万美元是有法可循的。我们观点的正确性，还可以从以下两个方面得到印证：

（一）在政策上有据。中纪委、中政委、外汇局和两高，1986 年 4 月 20 日发布了《关于单位、企业违法买卖外汇问题的几点处理意见》，其中提出的处理原则是："非法高价买卖外汇，数额较大，或者情节比较严重的，除给以经济处罚外，还要对直接责任人员分别给以党纪或政纪处分。"而只对那些数额特别巨大，给国家造成严重损失的，才依法追究刑事责任，其最高刑是三年以下的有期徒刑。这个文件还特别指明，执行外汇政策"要前后加以照应"。由此可知，参照上引的最高司法解释的第四条衡量本案，符合"前后照应"的政策精神，决非我们的主观妄断。

（二）在实践中有例。因罗斌一案受到牵连的人为数不少，其中有的人，有的单位非法买卖外汇的数额和情节都比邓洁瑜所属的广达公司更为严重，有的还有其明白无误的营利目的，但都未获深究。法制统一是我们实施依法治国方略的重要手段，法律面前人人平等是我们必须遵行的宪法原则，政策的恩泽决不会只及于彼而不顾此，独薄于被告人邓洁瑜。我们相信合议庭能够采纳我们的意见。

此外还应着重说明两点。第一，涉案行为的主体不是一般的自然人，而是"单位"；第二，刑法第二百二十五条规定的非法经营罪，其特征除"违反国家规定"这一点之外，还有三点，即：(一)有非法经营活动；(二)扰乱市场秩序；(三)情节严重。证据

表明，以邓洁瑜为法人代表的广达公司的行为不符合这三个特征。第一，广达公司与罗斌之间在违法买卖外汇之间的关系，大都是居间介绍的中介关系，重复地说，实质上是罗斌通过广达的中介，向金叶等三公司购买外汇，广达公司决无那种以筹划和管理为特征的经营活动。特别应当提出的是，广达公司实施中介行为也决无从中营利的动机和目的。第二，广达公司介绍罗斌非法购买外汇，这种行为本身构不成对市场秩序的直接扰乱。第三，至于情节是否严重，除应审核数额这个因素外，还应着重审查是否因介绍买卖外汇而造成了某种严重的后果，或者产生了特殊恶劣的影响。从案件的实际情况出发，我们认为不存在这些问题。公诉人在公诉词中将罗斌一案可能产生的恶果加诸邓洁瑜，既无法可依又没有事实作为根据，不足采信。广达之所以甘愿居间介绍，是因为该公司与罗斌之间存在着经久不断的借贷关系或业务联系，换句话说，这种居间介绍并不是广达的一贯的活动，不仅情节轻微，而且情有可恕。更何况还不能不考虑：以邓洁瑜为法人代表的合资企业，为开展进出口业务，它本身也需要对换外汇，但又很难得之于指定银行，这种特殊的现象既是客观现实，又涉及我们的政策，由此产生的负面影响或消极现象，让一家小型企业的法定代表人承担罪责，并不公正。我们在前面引述的中央机关 1986 年 4 月的政策规定充分表明我们的意见有理有据。总之，以邓洁瑜为法人代表的广达公司的行为缺乏"非法经营罪"的特征，指控不能成立。

综上所述，邓洁瑜被认为涉嫌挪用公款一案，确因罗斌贪污巨款、负案在逃而起。经过长期认真的审查，证实罗案与邓洁瑜无关，只是在长期关押之后，不顾公、检两家独立办案、相互制约的原则，又以广达公司非法购买外汇为由头，重又指控邓洁瑜犯了"非法经营"罪，从而显示出一些单位执法上的随意性。公诉人方才在法庭调查时因证据上的失察，公然宣称要求"口头补充

起诉”，在我们表示异议之后又宣布撤销，反映出有“想怎么定就怎么定”的专断观念，这无疑都是对依法治国方略的削弱乃至否定。我们从事实和法律这两个基点上论证了起诉书的失误与不足，证明指控不能成立，为此恳请合议庭严肃执法，作出公断，尽早地恢复被告人邓洁瑜的自由，使这个年轻有为的企业工作者在克服缺点的基础上，总结经验教训，为经济发展做出新的努力。鉴于本案有人民陪审员的积极参与，注意到审判长在审理过程中所持的认真态度，我们有充分的信心，指望合议庭的公正性。

张思之

池英花

2000年6月2日

诉 讼 文 书

检察院起诉书(摘要)

被告人邓洁瑜,女,三十一岁,原系佛山市城区广达工贸公司、广达装饰材料厂有限公司法定代表人。1998年5月21日因涉嫌挪用公款被公安局刑事拘留,同年6月3日,经本院批准,由公安局执行逮捕。

1997年10月8日至1998年3月3日,被告人邓洁瑜利用其城区广达工贸公司的账户,先后六次将人民币共18 277 279元汇到南海市金叶财务发展有限公司、南海市瑞昌贸易有限公司和中农企业总公司,由上述三公司兑换成港币共15 404 368.59元(折合2 094 057.68美元)。然后,被告人邓洁瑜将境外单位在香港的银行账号提供给上述三公司,委托将换得的港币汇到香港的指定银行。

1997年10月15日至1998年1月24日,被告人邓洁瑜先后五次将罗斌涉嫌贪污的人民币在市高基街、南海市大沥的烟档等地方兑换成现金港币共18 480 000元(折合1 660 849.13美元),然后由罗斌取走。

以上犯罪事实清楚,证据确实、充分,足以认定。

本院认为:被告人邓洁瑜无视国家法律,在国家规定的交易所以外非法购买外汇共计港币35 544 660.6元(折合3 754 906.81美元),其行为触犯了《全国人民代表大会常务委员会关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》第四条第一款的规定,已构成非法经营罪,根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百四

十一条的规定,特提起公诉,请依法惩处。

2000年5月8日

区法院刑事判决书(摘要)

被告人邓洁瑜,女,1968年9月4日出生,汉族,文化程度中专,原系佛山市城区广达工贸公司(下称广达公司)投资经营者。1998年5月21日因涉嫌挪用公款被刑事拘留,1999年9月3日因本案被逮捕。

区检察院起诉书指控被告人邓洁瑜犯非法经营罪,于2000年5月15日向本院提起公诉。本院依法组成合议庭,公开开庭审理了本案。被告人邓洁瑜及其辩护人张思之、池英花到庭参加诉讼。现已审理终结。

被告人邓洁瑜的辩护人提出的辩护意见是:1.本案侦查程序违法;2.应该查清用来非法购买外汇的人民币是罗斌的还是广达公司自己的;3.非法购买外汇的行为是广达公司的法人行为,不是被告人邓洁瑜的个人行为,并就此意见向本院提交了市工商行政管理局出具的广达公司工商登记材料;4.邓洁瑜所在的广达公司在购买外汇的行为中只起了中介作用,没有从中获利,也没有构成扰乱市场秩序;5.起诉书中通过银行转账将人民币18 277 279元兑换成港币15 404 368.59元的指控,与用现金人民币兑换港币18 480 000元的指控是重复;6.本案不应该适用全国人大常委会《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》第四条第一款的规定,而应适用最高人民法院《关于审理骗购外汇、非法买卖外汇刑事案件具体适用法律若干问题的解释》的规定。

经审理查明:1997年10月8日,邓洁瑜从广达公司账户中,将人民币1 100 000元通过交通银行市支行汇入瑞昌公司,委托瑞

昌公司将该款兑换成港币汇入香港展鸿国际有限公司在香港华侨商业银行的账号。9日,瑞昌公司以金叶公司的名义委托其在香港的公司按邓洁瑜的委托将港币1 010 101元分两笔汇入香港展鸿公司。上述港币1 010 101元折合共计130 558美元。

1997年10月23日、24日、27日,邓洁瑜以广达公司的名义通过交行支行将人民币6 001 880元汇入瑞昌公司(其中5 331 880元为另案人罗斌汇入广达公司的账户用于非法购买外汇),委托瑞昌公司将该款兑换成港币汇入香港展鸿国际有限公司及辉宝发展有限公司在香港的银行账户,再由瑞昌公司分三笔汇入香港展鸿公司港币4 388 575元、辉宝发展有限公司港币505 692.59元。上述港币4 894 267.50元折合共计632 529美元。

1997年11月18日,邓洁瑜从广达公司账户中,通过交行支行将人民币3 062 399元汇入瑞昌,委托瑞昌公司将该款兑换成港币汇入展鸿国际有限公司的账户及MAN MOU LO在中国银行澳门分行的账户。随后,瑞昌公司将港币2 300 000元汇入展鸿国际有限公司在香港国华银行的账户、将港币500 000元汇入MAN MOU LO在中国银行澳门分行的账户。

1997年12月3日,邓洁瑜从广达账户中,通过交行支行将人民币3 822 000元汇入瑞昌公司,并委托瑞昌公司将该款兑换成港币汇入展鸿国际有限公司在香港的账户。12月4日、12月5日,瑞昌公司将港币3 500 000元分两笔汇入展鸿国际有限公司在香港汇丰银行的账户。

1998年1月13日,邓洁瑜从广达账户中,通过交行支行将人民币1 000 000元汇入瑞昌并委托瑞昌将该款兑换成港币汇入谭侠铮(TAM HAP CHANG)在香港汇丰银行的账户。15日,瑞昌公司将港币1 000 000元分两笔汇入谭侠铮(TAM HAP CHANG)在香港汇丰银行的账户。

1998年3月3日,邓洁瑜从广达的账户中,通过中行南海支

行将人民币 3 291 000 元汇入中农企业，并委托瑞昌将该款兑换成港币汇人 WONG WAI CHONG 在中行香港分行的账户。3 月 4 日，中农企业又委托韶关市外经进出口贸易公司按邓洁瑜的委托将港币 3 000 000 元汇入 WONG WAI CHONG 在中国银行香港分行的账户。

1997 年 10 月 11 日至 1998 年 1 月 24 日期间，邓洁瑜先后用现金人民币兑换成现金港币共 4 145 000 元，并分别于 1997 年 7 月 9 日将港币 350 000 元、同年 7 月 14 日将港币 315 000 元、同年 7 月 17 日将港币 290 000 元、同年 7 月 19 日将港币 295 000 元、同年 9 月 9 日将港币 400 000 元、同年 9 月 10 日将港币 230 000 元、同年 9 月 11 日将港币 200 000 元、同年 9 月 13 日将港币 170 000 元、同年 9 月 15 日将港币 100 000 元、同年 9 月 26 日将港币 165 000元、同年 11 月 24 日将港币 200 000 元、1998 年 1 月 20 日将港币 320 000 元、同年 1 月 24 日将港币 780 000 元交给罗斌收取。

上述事实，有下列证据证实：(一)抓获邓洁瑜的经过，证实公安人员于 1998 年 5 月 21 日将邓洁瑜抓获；(二)邓洁瑜在侦查阶段及庭审过程中的供述中，承认帮罗斌非法购买港币，并称其在市高基街及南海大沥烟档等地用现金人民币购买港币时，将部分数额记载于笔记本中；(三)经邓洁瑜辨认无误的笔记本中的记载显示，在 1997 年 10 月 11 日至 1998 年 1 月 24 日期间，罗斌共从邓洁瑜处取走现金港币 4 145 000 元，这与邓洁瑜的供述相互印证，证实了邓洁瑜至少帮罗斌用现金人民币非法购买了 4 145 000 元港币；(四)证人汪×亮的证言，证实瑞昌公司、中农企业系金叶公司为逃避法院查封而另设立的公司，实质上与金叶公司系同一公司；(五)邓洁瑜以广达的名义出具的汇款委托书，与 1997 年 10 月 8 日交行佛山支行的进账单、金叶公司向其香港公司出具的汇款委托书以及中行香港分行的水单相互印证，证实邓洁瑜于 1997 年

10月8日非法购买港币1 010 101元;(六)邓洁瑜以广达的名义出具的汇款委托书,与1997年10月23日、24日、27日交行佛山支行的进账单、金叶公司向其香港公司出具的汇款委托书、瑞昌公司的有关情况说明以及中行香港分行的水单相互印证,证实邓洁瑜于1997年10月23日、24日、27日非法购买港币4 894 267.50元;(七)邓洁瑜以广达的名义出具的汇款委托书,与1997年11月18日交行佛山支行的进账单、金叶公司向其香港公司出具的汇款委托书相互印证,证实邓洁瑜于1997年11月18日非法购买港币2 800 000元;(八)邓洁瑜以广达的名义出具的汇款委托书,与1997年12月3日交行市支行的进账单、金叶公司向其香港公司出具的汇款委托书、瑞昌的有关情况说明以及香港汇丰银行的水单相互印证,证实邓洁瑜于1997年12月3日非法购买港币3 500 000元;(九)邓洁瑜以广达的名义出具的汇款委托书,与1998年1月13日交行支行的进账单、金叶公司向其香港公司出具的汇款委托书以及香港汇丰银行的水单相互印证,证实邓洁瑜于1998年1月13日非法购买港币1 000 000元;(十)邓洁瑜以广达的名义出具的汇款委托书,与1998年3月3日中行南海支行的进账单、中农企业向韶关市外经进出口贸易公司出具的中国银行汇票委托书、邓洁瑜的供述、证人汪×亮的证言以及中行香港分行的水单相互印证,证实邓洁瑜于1998年3月6日非法购买港币3 000 000元;(十一)证人陈×生的证言与汪×亮的证言相印证,证实邓洁瑜有通过金叶公司非法购买外汇的行为;(十二)另案人罗斌向邓洁瑜开具的八张收据,证实用于非法购买港币的人民币来自于罗斌,并证实自1997年7月29日至1998年1月24日期间,罗斌从邓洁瑜处取走港币18 480 000元,从而印证了邓洁瑜通过银行转账及用现金购买的方式,帮罗斌非法购买外汇的事实。

上述证据均经过庭上质证和认证,证据确实、充分,足以认定。

本院认为,邓洁瑜无视国家法律,在国家规定的交易所以外非

法买卖外汇,扰乱市场秩序,数额达2 614 396美元,情节严重,其行为已构成非法经营罪。区人民检察院指控邓洁瑜犯非法经营罪的罪名成立,但指控的数额3 754 906.81美元不当,应予纠正。邓洁瑜及其辩护人提出起诉书指控的以人民币18 277 219元(折合2 094 057.68美元)兑换成现金港币18 480 000元是重复计算的辩护意见,对用现金兑换成港币18 480 000元扣除4 145 000元以外数额重复计算部分的意见合理,可予采纳。对邓洁瑜及其辩护人以邓洁瑜系广达公司法人代表,其买卖港币的行为是法人行为,且在买卖港币的行为中仅是起到中介作用的辩解和辩护意见不予采纳,因广达公司系邓洁瑜出资经营的、挂靠于区对外经济贸易局的私营企业。对辩护人提出的本案侦查程序违法的意见,查无依据,故对该意见不予支持。对辩护人提出本案不应适用全国人大常委会《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》第四条第一款的规定的意见,理由不充分,不予采纳。为严肃国法,依照《中华人民共和国刑法》第二百二十五条第(四)项、全国人大常委会《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》第四条第一款以及最高人民法院《关于审理骗购外汇、非法买卖外汇刑事案件具体适用法律若干问题的解释》第三条第(一)项的规定,判决如下:

被告人邓洁瑜犯非法经营罪,判处有期徒刑四年。

2000年6月28日

吴毓华“挪用公款案”

案情简介

被告吴毓华，香港商人，香港美孚公司总经理。

被告汪锡忠，连云港市国际信托投资公司副董事长兼总经理。

被告盛健，连云港市国际信托投资公司总经理助理。

1993年夏，吴、汪商议成立公司，汪决定让盛参与其事。三人商定，先由吴在香港注册公司，尔后以该香港公司的名义在上海保税区注册一家独资公司，以享受政策优惠。于是，吴在香港收购了美孚公司，约定汪占50%股份，吴、盛各占25%。跟着，盛在上海注册了美孚上海公司。此后，盛健经汪同意，先后由连云港市国际信托投资公司划款456万元美元、254万元人民币给美孚上海公司经营房地产和投资其他项目。上述划款签有贷款合同，美孚上海公司已偿还部分本金和利息。后汪因“泄密”被捕。

检察机关指控三被告犯“挪用公款”罪，起诉指控吴毓华的犯罪事实有：(1)与汪合伙搞公司，任董事长，占股份25%；(2)与汪、盛议定在上海“独资注册美孚公司”；(3)与汪等“共谋，策划，内外勾结，从连云港国际信托投资公司的账户挪用公款456万美元和254万人民币，收购公司，购置楼房，以及支持美孚公司经营运作”。

律师详尽地批驳了指控的错误，认为：吴毓华的行为与“挪用公款”毫不相干；指控有罪，不能成立。

一审以贪污罪判处吴毓华无期徒刑。

辩　护　词

一审辩护词

合议庭：

我和傅可心律师作联合发言，为被告人吴毓华辩护。我们先讲四个问题。

一、关于起诉书的指控

根据起诉书的指控，吴毓华的犯罪行为有以下四项：

（一）向本案另一被告人汪锡忠提出合伙搞个公司，之后曾经提出股份分配方案，担任了该公司董事长，占有25%的股权。

（二）受权代管另一被告人盛健的股权25%。

（三）与汪锡忠等人一起共同决定在上海保税区“独资注册上海美孚公司”。

（四）与汪锡忠等“共谋、策划，内外勾结，从连云港国际信托投资公司（以下称国托）和振云公司的上海账户挪用公款4 562 367美元和254万元人民币，用于收购香港美孚公司，注册上海美孚公司，收购吴毓华的家庭公司及其属下物业，在北京、上海、福州等地购楼房三十四套（含两个车位）”，以及“用于香港美孚公司在西安市开办的合资企业，购置轿车，以及支持公司经营运作的其他有关费用”。

公诉人根据上述的认定，断言吴毓华犯有“挪用公款罪”，是所谓“共同犯罪”中的从犯，应追究其刑事责任。

上述起诉书列举的论据，或者与其构成犯罪的论点没有内在

联系，或者空泛无物，没有也不可能说明任何问题。起诉书的提法，有的文不对题，有的则属于观点上的错误。总之，我们就起诉书对于吴毓华的犯罪指控，从根本上持否定态度。

二、我们对吴案的主要观点

（一）美孚（香港、上海）公司，其设立都符合当地的设立公司的法定程序，分别得到了有关当局的批准，两家公司的合法地位无可怀疑。

（二）美孚与"国托"签署的贷款合同，依法应属有效。

（三）贷款行为与挪用行为，是两种截然不同的取得资金的方式，贷款行为根本不发生所谓挪用问题。

（四）二人以上合谋成立了一家公司，不能因此就断言该公司及其工作人员的所有行为都出之于所谓"共谋"。吴毓华与人合谋成立公司是正当的法律行为。

（五）共犯的指控，对吴毓华来说，根本不能成立。

结论：吴毓华无罪。

三、从事实方面对以上观点的论述

（一）吴作为香港商人，参加国家经济建设，在与一些企业和企业负责人交往中产生了"合伙搞个公司"的念头，并有所表示，这不仅是正常的，而且是合情合理合法的。

这里的关键在于：吴毓华与合伙者在香港筹建的公司合法有效，其法律地位无可怀疑。至于起诉书指责吴与人"在香港成立一私人公司"，不知作为港商的吴毓华对"设立私人公司"即使不能够成立，他应承担哪一种、哪一项法律责任？

公诉方会说：汪与盛作为国家企业工作人员，依法不能在境外与人成立私人公司。对此应说明两点：第一，作为国营企业工作人员，为了在境外开展业务，代表他们所属的国营企业而在境外以个人名义与人筹建公司，这不仅允许，而且在实践中不乏实例；第二，汪、盛以什么名义，代表个人或者集体，这对于港商吴毓华都没有

法律上的和实际上的意义，明确地说，这对于吴来说都是一样的。吴的行为既无问题又无责任！

起诉书断言，吴与汪等"共谋确定"了公司的人事安排、股权分配以及汪、盛代表的股权由谁代管等等问题，并作为罪状加以指控。我们姑且不说所谓"共谋"之说缺乏事实根据，即使吴对上列各点都表示接受，又怎么能成为他的罪状？人事安排，股权分配，是一个合法公司的内部事务，与刑事犯罪根本不沾边。至于代管股权，法庭调查证明，主要是出之于在香港注册公司的需要；除此之外，应当明确：只要没有侵占、侵吞等等违法行为，无论被代管人基于哪种考虑而声明授权代管，代管人都不能因此而承担刑事责任也是毫无疑义的。

基于这些事实，可以达到一个结论：港商吴毓华与人共谋合伙筹建了一家公司，而没有共谋设立非法机构，他是无罪的。

（二）关于筹建与经营美孚（上海）公司，我们从事实方面有以下申辩：

1. 在上海保税区设立美孚（上海）公司，是盛健的创意，并于1993年4月指派他的部下潘某按照"筹建吉事达公司的程序"具体操作，案卷第十一册的第85页有潘某证言可证。吴毓华对于筹建过程并不详知。

2. 美孚（上海）公司经有关部门依法批准，该公司的成立合法有效应无疑义。

3. 美孚（上海）公司注册为外资独资企业，但该公司的董事长却分明是中方的盛健。这个实际情况，除反映出盛健在注册公司上意图从政策方面取得便利或利益外，还说明他的随意性；但不论从哪个方面来看，其间绝无相关人员之间的"共谋"。不仅如此，而且恰恰反映着吴毓华不可能具体地得知盛健筹建公司是个人的行为，还是代表着他所属的企业。应当指出，盛、汪1993年4月11日的致国托公司的声明，不论他们个人的动机是什么，这个声明对

吴毓华的作用在于:这是用书面形式表明,他们是代表公司在美孚策划经营享有股权,说明他们筹建美孚不是公诉人指控的"个人行为"。案卷第八册第10页上录有吴毓华的一段供述。他说:"如果(盛健)他们代表集体,应以集体名义出现;如果代表个人,他们又怎么能够有这么大的能量动用那么多资金?"虽然这是他1995年4月3日的想法,但在他的这个困惑之中能够更进一层地证明我们在上面所作的论断。总之,他既不需要察知汪、盛等人在美孚的身份,也没有必要去弄清楚他们分别代表着什么企业、什么人!

4. 吴毓华以美孚(上海)公司的名义"抓项目"进行经营活动,只要他的这些业务不违反国家法律,统应肯定,断然不能视之为罪行加以指控。这是常识,无须详述。而实际情况则完全证实上述申辩的正确。吴本人确实抓了项目,搞了经营,全部活动,从不违法;所贷的款项都已用之于有益的"项目",事实俱在,难以否定。

概括以上四点,达到两点结论:第一,美孚(上海)公司是一家合法的企业;第二,美孚(上海)公司的经营活动,并不违法,所贷款项,用途正当;吴的行为完全合法。

(三) 关于"共谋、策划、内外勾结……挪用公款"的指控,从事实方面有以下的申辩:

1. 所谓"共谋、策划"的指控,起诉书中只有空洞的帽子,完全没有事实作为根据。我们不得不提出质疑:既是"共谋",到底是谁和谁"共",又"谋"了哪些内容,得出了什么结论,又由谁去实施的?对于这些,起诉书都不能实指,原因很简单,即:根本没有"共谋"挪用公款这么一回事。案卷第三册第4页上有一段汪的供述,他说:"至于我打算让盛健参加进来,……我考虑需要从盛健那里搞资金,因为从连云港本部搞资金不行了,对于这个内部分工情况,吴(毓华)开始不了解。"具体到每笔款项,例如汇往香港美孚的注册资金,汪说:"(注册)资金是我叫小盛办的。"(见卷三第8页)汪的供述,证明他们无"谋"或未"谋"。不妨再看看盛健的说法。卷五

第6页上有他的一段供述,他说:"上海美孚公司注册时,要求提供资信证明,汪让我打15万美元给香港美孚,随后报批上海美孚。"这证明与吴未"谋"。今年9月18日,盛健另有一段供述,他说:"1993年下半年占用资金较多,我把美孚占用款情况打成报告电传给汪看,没有给吴看过。"(见卷八第77页)这里哪有一点吴毓华与人共谋挪用公款的意思呢?不仅无"谋",而且有许多内情他根本无从得知。"空言"策划,当然失实!

2. 所谓"内外勾结",起诉书也没有说明事实,诸如勾结的方式、方法、时间、地点乃至于动机目的等等,凭空一说,怎么能据以加罪呢?本案三被告分明被视为一家公司的"合伙者",这里谁是内,谁是外呢?他们共同经营着一个公司,所谓"内外勾结"到底是指什么呢?我们注意到了公诉人在今天的发言中就"参与策划挪用公款"一节,对起诉书的内容作了点发挥,但也只是这样两点:1.共商了在上海成立美孚子公司;2.明确了该子公司的分工,盛健抓资金。并借此断言这就完成了"内外勾结,密谋挪用公款"的犯罪行为。此外还补充说到:"吴毓华参与了挪用公款的操作",并以吴参与了在上海等地购置房产的活动作为证明。我们认为,公诉人的这三点说明,统统没有说明问题的基本之点,即:共谋、策划了挪用公款的行为。简要地说,公诉人讲的前两点仅止于共谋成立公司,其第三点则是对该项公款的使用,更与"挪用"不是一回事。我们还可以从起诉书中举出一个相关的事例说明这一指控的不近情理。按照指控,汪、吴共谋"挪用"的公款,有一笔是经由美孚董事会议决定用为购置吴在香港的"家庭公司及其属下物业"的,美孚贷款买吴的产业,吴按约定收了款,这怎么能算作吴毓华"挪用公款"呢?莫非吴不该收费?收了便是共谋挪用公款?世上哪有这个道理?

总之,既无事实,指控当然不能成立。

以上是对于案中事实的申辩,证明我们的观点正确。

四、法律上的分析

以下我们分六点加以论证并作出论断：

（一）分析挪用公款罪的犯罪构成，其客观方面要求行为人必须有挪用公款的行为。这里首先要弄清的是：挪用人挪用的公款，在性质上是不允许以“借贷”方式转给该款的所有者以外的单位或个人使用的；而贷款则不同，贷款的法律意义本身就是把金融机构的公款“借”给其他单位或个人来使用。扼要地说，“挪用”与“贷款”是性质不同的两种取得资金的行为。二者不可以转换，它们受不同的法律规范。

在本案中，出借货币的（国托）是一家金融机构。金融机构在经营性质上与其他企业不同，向外贷款是其基本业务之一。贷款的法律特征，就是该款的所有权与其使用、收益权能通过金融机构的借贷相分离。因此可以说，任何向银行借钱都是法律允许的。任何一家公司（包括美孚）向一家金融机构（包括国托）贷款，都不构成对“公共财产”所有权关系的侵犯也无疑义。

现行法律的规定及其原则十分明确：“挪用公款”的立法保护的是财产所有权关系，换句话说，即被“挪用”的公款性质上是不能给所有人以外的其他单位、个人使用以牟利的“款”。因此，“挪用”本身就是非法行为，法律要制裁“挪用”行为。

“贷款”，则是合法行为。银行或其他金融机构的“贷款”其性质就是给其他单位、个人使用并牟利的。全国人大关于“贷款”的刑事立法，保护的是银行及其他金融机构的工作程序，即法律要制裁的并不是“贷款”行为，而是金融机构在放贷过程中是否有违法、违规、违纪；贷款人取得贷款是否使用了非法手段，受惩罚的是“非法手段”而不是“贷款”行为。比如，贷款人在取得贷款中使用了行贿手段，按行贿处理，贷款仍然是贷款。贷款人使用了虚假证明的，可能构成“诈骗银行贷款”，即使其行为有“指使银行贷款或参与谋划取得贷款”的情节，也不能构成“挪用公款罪”的共犯，此为

《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》所明定，其根据正在于法律所保护的客体不同。特别应当提出的是：江苏省的两高1994年9月遵照上述《决定》的精神专门发布了苏检会(1994)第七号文件，其中的第五项极其明确地毫不含糊地规定："擅自以单位名义将公款借给企事业单位、机关、团体使用，并立有借据的，不属挪用公款归个人使用，按违反财经制度处理。"可见即使汪的行为有"擅自"之嫌，也与"挪用"无关，专案组先以检察院名义起诉，再以法院名义发布判决，竟然都回避本省两高的具有法律效力的规定，无可置辩。

结论：吴毓华在贷款过程中即使应对他所属公司的行为存在瑕疵承担相应的义务，也不能使贷款转变为"挪用"；对放贷过程中的违规，不能套用"挪用公款"的法律规范；二者各有其不同的法律规定，不得混淆，不能混用。

（二）从起诉书和公诉人所作的指控这个实际出发，现在不得不来研究一下刑法中关于"故意犯罪"的规定。该法第十一条明白昭示："明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这个结果发生，因而构成犯罪的，是故意犯罪。"这个规定的要点有三：一是"明知"，二是"会"，三是"希望或放任"。

"明知"与"会"，说明故意的认识内容和程度，是构成犯罪故意的前提或基本条件，属必备特征。那么，吴毓华的哪个行为符合这个刑法第十一条所要求的要件呢？他仅仅是同意使用贷款进行正当的经济活动，怎么可能产生明知危害社会的结果呢？又怎么"会"危害社会呢？行为不危害社会，当然不是犯罪。至于"希望"（或放任）则是犯罪故意所应包含的意志因素，就是说当行为人决意实施犯罪行为并且自觉地确定了行为的方向，采取了一定的步骤和方法，从而导致他希望发生的危害社会的结果终于产生，才够得上故意犯罪。这一意志因素显然也是犯罪故意的必备特征，绝不可少。那么，吴的行为又有哪一条、哪一项符合这一特征、这个

要件呢？同样是没有，一点也没有！

（三）我们沿着公诉人的思路，再进一层地来研究“共同故意犯罪”即“共犯”问题。公诉人所指的“共同的犯罪行为”，应是指多个共同犯罪人的行为都是指向同一个特定的犯罪，在本案中便是公诉人指控的所谓“挪用公款”，而就“挪用公款”这个行为来说，吴毓华事先既不知情，事中又未参与，其事后的所知、所得也仅止于贷款与贷款合同，由此让他对别人的什么行为承担罪责，岂不是天大的冤枉！

法学常识告诉我们：所谓“共同的犯罪故意”，其基本内容是共同犯罪人都预见到他们的共同行为的性质及其所能产生的社会危害后果，并且一般地说希望着（放任）这个结果发生。不具备这个要件，没有这些特征，从法律上说就根本不能构成共同犯罪。结合吴毓华的情况，在本案中，他从来未与任何人有过共同的犯罪行为已如上述，在这里想着重指出：依据现行的法律规范分析问题，他在经营美孚公司的活动中自始至终没有挪用公款的犯罪故意，前述的事实也已充分说明。

公诉人说：吴毓华明明知道“国托”的贷款是公款，汪锡忠等人专断地划拨给美孚作经营之用，不是“挪用”的共犯又是什么？这里除了应对“挪用”与“贷款”这两个行为从性质上严格区别之外，有必要说明更为重要的一点，即：对其“故意”的内容互不相同的人，不构成共同犯罪。我们姑且假定本案中的某人的行为确有如指控所说挪用公款的故意，但吴的行为的故意内容却分明是使用贷款，其动机是借，他签的合同属借，目的也是借，事后还曾依约还过借款更可证明。一个是指控的故意——挪用；一个是吴的行为所表现的故意——贷款，即借用；两者的性质如此不同，有什么理由硬要捏在一起加人以罪？

公诉人上午在发言中说：吴毓华“知情”。我们没有必要分辨“知情”的内容，不会去问“他知什么情”，我们想说的是：“知情”与

"共谋"也是两个概念,也不是一回事。所谓"知情",无疑是身在"事"外,而只有"共谋"才是身在"事"中,一般属于犯罪的预备行为。前面已经着重说明了吴毓华的行为自始至终没有与任何人"共谋"挪用公款非法占有的问题,即使对某种"情"于事后有"知",对此略作具体分析便知那与犯罪没有关连,不是"共犯"。

一个公认的法学原理告诉我们:作为共犯者,他应知道其他共犯的主观故意与客观行为具有犯罪的性质,才构得上"共犯",否则不能认为是"共犯"。这是中外一致普遍承认的观点,没有理由不据之以分析具体的案件。

据此不妨再退一步来说明问题:即使硬要断定汪锡忠、盛健的贷款行为非法,在吴毓华看来,他也不仅没有根据与理由认为他们的行为非法,而且他认为他们的行为绝对合法,于是接受了贷款并与他们一道投入了经营项目的用途,这也就构不成共同犯罪,构不成挪用公款的共犯。扼要地说,从上述的法律观点出发,即使对其他人的"挪用"行为客观上有所帮助,由于吴毓华并不认为该行为触犯刑律,也就不应认为是共同犯罪,不能认为是共犯。

(四)公诉人坚持认为"挪用公款"成立,其最主要的依据是本案第一被告人汪锡忠"利用职务之便",才得以从国托贷款。关于这一层,本属对于汪的指控,我们可以不予涉及;但考虑到公诉人的"共犯"指控,为了维护吴毓华的合法利益,又不能不批驳公诉人的这一错误论点,为吴毓华辩——

所谓"利用职务之便",公诉人所指的第一个"理由"是:美孚(上海)公司的注册资金不是自有资金,因此,美孚公司是"非法组织",没有贷款资格。

公诉人为了论证这一观点,在庭上念了一段《公司法》;然而我们不得不指出,本案中,香港美孚公司是香港公司,不适用大陆法律,美孚(上海)公司的批准证书是外商独资企业,其实质是合资或合作企业,应当适用三资企业法,而不是《公司法》。公诉人连这一

基本常识都没搞清楚，就断定美孚(上海)公司是非法组织，可见其荒谬。

所谓“非法组织”是就其宗旨、目的而言，不能说一个公司在成立过程中的行为有瑕疵，就是“非法组织”，这也是一个常识问题。美孚(上海)公司是经合法批准注册的公司，从其得到营业执照时起，就具有法人资格，享有民事权利能力和行为能力，就有贷款资格。而且，任何一个企业在其依法终止前，权利能力始终存在，即如美孚(上海)公司没有依法终止，今天仍有贷款资格。在这个问题上，恰恰是公诉人、公诉机关没有权利没有资格否定美孚(上海)公司的民事主体的地位。

公诉人在谈到香港美孚公司的注册资金问题时表现出“十分不解”，说吴毓华在香港美孚没有实际出资，怎么就占了25%股权？公诉人认为，全世界的规定都是一样的，成立公司必须实际出资，否则“怎么能经营呢”？

我们不得不说，公诉人在关于美孚公司的问题上既未全面了解我国的立法，也没有正确理解立法精神，而对境外公司立法又完全无知！

事实上，在公司成立时的注册资金问题上，世界许多国家和地区的规定与我国不同。拿香港来说，公司成立时并不要求按股东认缴股份实际注人资金，当公司承担责任时，股东有义务按照认缴的股份数额投人资金，这就是为什么吴毓华不须在香港美孚公司成立时投人资金，而占25%股份。所谓股份，既是权利，也是义务。公诉人对这些法律问题不了解，必然会得出错误结论。

公诉人在谈到美孚(上海)公司的注册资金时，认为美孚(上海)公司的注册资金，不是股东实际投资的，而是从国托公司来的，不是挪用是什么？在这里我们又看到了公诉人的荒谬的等式：美孚公司的注册资金不是股东的自有资金，违反了公司登记的规定，所以等于是挪用的。

我们承认,美孚(上海)公司是以国托的贷款作注册资金,而不是自有资金,但以贷款作注册资金应如何处理,法律、法规有明确规定,但没有一条说"按挪用处理"。公诉人在这样简单的法律适用问题上得出这样错误的结论,到底是为什么?

公诉人的第二个"理由"是:因为汪锡忠是国托的董事长,所以,他们的美孚(上海)公司向国托贷款显然是"利用汪的职务便利挪用公款",而吴毓华则是利用了他人(即汪锡忠)的职务之便,故构成挪用公款共犯。

"贷款"与"挪用"分属不同的法律范畴,受不同的法律规范,对此不必复述。在这里我们提请法庭注意一个情况,即:国托是金融机构,本身就具有融资、放贷功能,这与汪的董事长职务没有关系。在我国,任何公民、法人有权向任何银行、金融机构贷款,这种权利并不因为贷款人与金融机构的任何人有任何关系而受到限制,如果因为金融机构的领导或工作人员与贷款人有特殊关系,而给予特殊优惠的贷款条件,甚至造成贷款无法收回,这种行为构成刑事犯罪的,全国人大另有立法予以规范,但绝不是"挪用公款"。美孚(上海)公司向国托贷款决定于国托的金融性质,而并不是利用汪的职务之便。换句话说,如果美孚(上海)公司向经联公司借款,或汪以经联公司董事长的身份把经联公司的款借给美孚公司,则可以认为汪利用了职务之便。

公诉人说,吴毓华的行为构成挪用公款的共犯是基于他利用汪的职务之便。这明显地修改了全国人大关于非特殊主体构成挪用公款共犯的犯罪构成。"利用他人职务之便"不是任何犯罪的构成要件。吴毓华作为美孚公司的股东,在美孚公司向国托贷款过程中,没有使用任何非法手段。既没有"指使、策划取得公款"的故意,也没有利用任何人的职务之便谋取非法利益,其行为无可指责。

公诉人的第三个理由是:美孚公司先用款后补贷款合同,是

"假合同";更由于美孚公司贷款没有提供担保,违反有关行政法规,因此是以"贷款"为名的"挪用",这一层显然与汪的职务有关。

首先,美孚(上海)公司与国托公司签订的贷款合同真实有效。一个合同是否真实,应看其内容是否反映客观真实,不能因是"补签"就断定为假。美孚公司与国托补签合同,是对贷款的确认,内容真实,签章有效,合同签署日期提前到划款之前,恰恰是对已经划款的性质的确认,如果填写实际签署日期,则应认为是国托与美孚公司达成了新的贷款协议,反倒有违真实了。

其次,公诉人引用行政法规说明美孚公司没有提供担保,违反了贷款的规定,是无效合同。我们不得不指出,贷款条件如优于行政规范的规定,只能引起行政责任或民事责任,并不必然导致合同无效,尤其是不必然导致引起刑事责任,除非该法规有直接规定,没有担保的贷款按挪用处理。但谁都知道不可能有这样的规定。所以,公诉人以此来说明吴毓华是"挪用共犯"离题太远!更何况公诉机关没有权力判定一个合同是否无效。即便合同无效,合同双方也只能承担无效的民事责任,这与公诉机关追究犯罪的任务有何相干!

(五) 审查吴案,不能撇开美孚与国托两个公司之间的法律关系。庭审调查证明:他们之间纯然是手续完整的贷款合同中的债权人与债务人,而不是虚假的债权、债务关系。美孚向国托贷了款,国托下了账,借贷关系有相应的合同予以明确。这都是客观事实。既然如此,怎么可以把吴毓华所属公司的债务人身份一下子转变为吴毓华是挪用公款的刑事罪犯而要以贪污共犯论罪呢?

(六) 美孚与国托之间补签的贷款合同内容具备《借款合同条例》第六条规定的各项条款。这里应加说明的是:吴毓华领衔补签,未提供担保,凡此都不是个人行为,我们认为,无论贷款在手续上是否有或者有多少违反规定的情况,都不应由吴毓华个人承担责任。这对于美孚(上海)公司作为借方的情况更是如此。他作为

对于贷款详情并不实知的副董事长，不应对于贷款手续方面的问题承担罪责！

根据以上的有关说明，可知美孚与国托之间只存在着经济上的未决事项，存在着民事法律关系。我们还有根据认为，本案“专案组”中的一些同志对于这种民事法律关系也是心中有数的，他们一再向吴毓华家属提出要求，只要还清贷款就可以放人了事，便是明证。全国人大常委会对于挪用公款犯罪中的退款有着明确的规定，“专案组”的同志当然清楚。现在，之所以会有清偿欠款——放人了事的设想与提议，正是由于对问题的民事法律关系的性质了然于胸的缘故。难道还能作出其他的合理解释吗？

我们作为吴毓华的辩护人有责任说明：吴及其美孚公司应当偿清贷款，可是，他目前的处境与条件已经很难办到，对此恳请法庭明鉴。至盼能够找到一条适当的途径，既使问题得到合理的处理，又使国家在经济上少受或者不受损失。作为律师，我们也愿尽到职责。

以上，我们从根据与准绳两个方面说明，吴毓华的全部行为与商业活动合情合理合法，指控完全失实。

审判长，我们建议合议庭对吴毓华的经商史进行一次认真的考察。他在我改革开放之初，就毅然回归投资，为祖国的经济建设贡献力量，诚实信用，声誉卓著。对于这样一位十多年来一贯努力报效国家的港商，实不应使之蒙冤受辱。谨诚挚地期望诸位法官秉公执法，宣告他无罪，立即释放。

1996年11月16日

诉 讼 文 书

检察院起诉书(摘要)

被告人:汪锡忠 连云港国际信托投资公司董事长兼总经理。澳大利亚振云公司董事长。

被告人:盛健 连云港国际信托投资公司总经理助理;美孚(上海)有限公司董事长。

被告人:吴毓华 香港美孚有限公司董事长。

共同犯罪部分:

被告人汪、盛、吴共同犯挪用公款罪。

1993年3月,吴毓华向汪锡忠提出合伙搞个公司,汪为了留后路而应允,并决定拉盛健入伙。之后,被告人共谋确定:在香港成立一私人公司,吴任董事长,吴的妻姐郭惠任总经理,汪占48%股份,盛、吴各占25%,郭惠占2%。汪、盛的股份分别由吴、郭代管,并明确不让所在单位知道。吴、郭在香港购买一空壳公司即香港美孚公司。

1993年4月,被告曾策划在上海保税区独资注册上海美孚公司,盛任董事长,吴副之,郭任总经理,汪确定了具体分工:盛负责提供资金,吴负责抓项目,他本人在幕后操纵。

1993年4月至1994年5月,汪利用职务之便,与盛、吴共谋、策划,内外勾结,以连云港国际信托投资公司上海账户、振云公司账户办美元账户,挪用公款计456万多美元、254万元人民币,用于收购香港美孚公司,注册上海美孚公司,收购吴的家庭公司,支付以香港美孚名义购买的京、沪、闽等地房产34套的楼款;用于香

港美孚公司在西安市所办的合资企业;购买豪华轿车;支付美孚经营运作的其他有关费用。

本院认为:汪锡忠利用职务便利,与盛、吴内外勾结,共谋、策划挪用公款进行谋利活动,数额特别巨大,且有巨额资金尚未退还;……被告人汪锡忠、盛健、吴毓华构成挪用公款罪,未退还的以贪污论处,构成贪污罪,为共同犯罪……吴系从犯,应依法追究刑事责任。特提起公诉,请依法判处。

1996 年 10 月 10 日

法院判决书(摘要)

被告人:汪锡忠、盛健、吴毓华

检察院以……吴毓华犯贪污罪、挪用公款罪向本院提起公诉,

现已审理终结。

公诉机关认为:三被告人的行为已构成贪污罪、挪用公款罪,系共同犯罪。汪是主犯,盛、吴是从犯。

吴毓华辩解:没有参与预谋,成立美孚公司及其经营用款,是贷款。

吴的律师提出:(1)吴与汪、盛成立美孚公司,合法有效。(2)美孚与连云港国际信托投资公司的贷款合同依法有效。(3)吴没有挪用公款的故意,也没有共谋挪用的行为,不构成挪用共犯。

经审理查明:三被告预谋合伙成立私人公司,约定股份的分配额,利用"连国投"公司的公款进行经营;……盛健与吴毓华签订了将盛健个人在美孚的 25% 的股权委托吴代管协议。此后盛健多次从"连国投"公司账户汇款供美孚公司支付房地产款,从"连国投"上海公司账户汇出 100 万元人民币给美孚西安办事处用于投资项目。1993 年底,当美孚挪用(公款)达 220 万美元时,三被告谋

划，以上海美孚公司董事会决议形式补办一份“贷款”300万美元的“合约”，并把签约时间提到五年前的4月5日。到1994年1月，当美孚从“连国投”挪用(公款)达350万美元时，又补签了两份金额为100万美元的“贷款合约”和一份金额为220万元人民币的“借款合同”。上述合同均未被“连国投”公司审批、备案、入账。合同上所加盖的连云港市国际信托投资公司印章，是汪背着公司其他领导，指使香港振云公司财务经理傅明沂在香港刻制后交给盛健的。

1993年10月，汪、盛怕挪用行为被发现，便拟定一份内容为“盛、汪的美孚股权和经营股利全部归连国投上海办事处所有”的“声明”，并将时间提前到同年4月11日，由盛保存。

吴毓华参与预谋、策划挪用公款估计444万余美元，227万余人民币。起诉书指控吴参与挪用公款的总数中经查有113 422美元，265 193元人民币，吴未参与，应予减除。

本院认为：汪与盛、吴相互勾结，共同挪用公款进行个人谋利，其行为分别构成挪用公款罪、贪污罪。

判决：吴毓华犯贪污罪，处无期徒刑；挪用公款罪，处有期徒刑十年；决定执行无期徒刑。

注：汪锡忠被判处死刑，二被告已上诉。

李鸿志“挪用资金案”

案情简介

本案被告人李鸿志原是邯郸“新欣公司”总经理，全国劳模，以创出名牌卫生巾——舒而美闻名于轻工行业。

新欣为吸收外资，于1994年与巴拿马金佰利公司合资经营，更名为“邯郸金佰利舒而美卫生用品(集团)有限公司”，李任副董事长兼总经理。

合资之始，外商就妄图蚕食中方股权，独占企业，为此先是诬陷李鸿志侵占公司资金、贪污千万元，编织罪状十六条之多；后又逼地方政府以低价让出全部股权。为达目的，外商甚至经由外交途径对中方施压，竟敢直闯省检察院，威逼副检察长按他们的要求行事，狂妄蛮横，令人无法容忍！

某些人士屈从压力，立案侦查。经查外商编造的十六条罪状统属虚构，构成诬陷。不料几经周折，有关部门最后以所谓“挪用公司资金”之罪嫌起诉。案经审理，大量证据证实指控不能成立，邯郸中院秉公执法，宣告李鸿志无罪，弘扬了法威！不料控方不服提出抗诉；但随后又宣布“撤销”，避免了第二次的更大被动。

李鸿志不辱使命，不负众望，目前的企业经营状况极佳，职工欢腾，令人欣慰！

辩　护　词

合议庭：

我同意我的同事牛律师的意见，请允许我作些补充。

本案的焦点在于：赵伟光在李鸿志的支持下借得的30万元货款，它的所有权归谁。起诉书对于这个关键问题的叙述与认定，词语模糊，给人以很不清晰的印象。但按照起诉书的逻辑与断语去说明问题，仍能察知真相，我指陈两点：

第一，起诉书断定，案中涉及的30万元货款是借彩印厂的，有四点可证：

（一）起诉书说：“李、赵议定从舒而美哈尔滨分公司欠彩印厂货款中以打借条倒账方法借彩印厂30万元。”

（二）起诉书认定：借方王存瑞一开始对赵伟光表示：“我没钱借给你。”协商未成，但双方之间的互相拆借的意思表示明白无误；

（三）起诉书认定：李鸿志对借方说：“火锅城缺资金，……从你（彩印厂）这里想想办法，火锅城借你30万元。”

（四）借方同意借款，李鸿志对赵伟光说：“你代表火锅城打借条就行了。”向彩印厂借款30万元的法律关系于此成立。

第二，起诉书断定，上述的借贷事实，得到了彩印厂王存瑞的同意，对此，起诉书分三处作了证实：

（一）起诉书认定：李鸿志对王存瑞说：“从哈尔滨分公司减他们欠你厂的货款，不让赵欠你的，这样就两活了。”王说：“这也是个办法。”尽管起诉书在这里删去了王“表示同意”的语句，所谓“是个办法”表示首肯而且有赞赏之意应无疑义。

（二）起诉书认定：赵伟光告诉王存瑞，货款30万元已用后，

王"没有再说话",表示赞同,并无疑义,也极为明确。

(三)起诉书认定:对于这笔借款,王存瑞让会计开了收据。

以上两个方面共七点,一再说明:控方已经认识到,本案的基本事实正是借款,决不是什么挪用了本单位即舒而美公司的资金。遗憾的是,起诉书却居然作出了远离事实的结论!我们对起诉书的结论持否定态度,不能接受,理所当然,天经地义!

也许有人会说,借款手续是后补的,这是违法行为。我们说,不对。企业中的经济来往,后补手续的情况大量存在,并不违法。只要后补手续是当事人的真实意思表示,并与前此发生的行为(如借款)完全一致,这种后补的行为,实质上构成对前一行为(如借款)的法律确认。这恰恰是严肃的、负责的态度与做法,决不违法。总之,后补手续不仅不否认,恰恰是肯定了借款的事实。再退一步说,即令后补不合规范、不合手续,即使硬被派定为"违法",也必须明确:违法与犯罪,违规与犯罪,毕竟不是一回事,难道不是吗?至

于王存瑞是否同意借款,除了起诉书作出的肯定性叙述之外,还有庭审中出示宣读的证言可证,更有王本人于借款后"在企管会上说过"(王存瑞1997年9月27日证言及他写的书面材料都说明了这个事实)可证。这些证据的意义无须详述,相信合议庭能以明察。问题就是这样清楚,还有什么可争可辩的余地!

审判长,李鸿志一案,有一个不容回避的背景,即:它始于诬告,经由我们自己人的手,对自己的工作在一线的好同志施以无情打击,终于酿成一件新型冤案。有人诬陷李鸿志犯有十六条罪行,审查经年,查来查去,有没有呢?我们从起诉书得知,一条也没有。于是起诉书又指控李鸿志犯了"挪用本单位资金罪",方才的庭审调查充分证明,这一条同样不能成立。控方把借款硬说成是"挪用",这是对本案性质所作的荒诞的扭曲。我们很清楚,这里发生的错误决不是来源于"认识"。我们的执法人员许多是优秀的专业人才,对于如此简单明了的问题不可能产生误解,不会得出荒谬的

判断。问题来自莫名其妙的“压力”！一个外国公司的高级职员，可以一而再、再而三地敲开我们省级检察机关的大门，向它的高层负责人当面提出一系列极其无理的要求，而其中心点竟是无论如何都得把李鸿志关人大牢，绳之以法。他们凭什么有这样的特殊的权利？这里不是巴拿马，是北京！或者，他们可以通过某国的国务院经由外交途径对我们施压，但这样的虚张声势决不会引发中国律师的神经衰弱！我深信我们与公诉人有一个共识：中华人民共和国的法律是神圣的，决不容亵渎！我们伟大祖国既然敢于并决心敞开大门，我们就一定会庄严地维护所有来客的合法权益，与此同时，我们也一定会维护我国公民的合法权益不受非法剥夺，不受任何形式的侵犯。事态的发展往往会出乎善良人们的预料。在诬陷合资企业的中方代表人眼见行将失败的形势下，这家合资企业的外方代表，又采取了十分蛮横的态度，要求中方将全部股权，包括无形资产，以低价转让给外方。令人不解的是，我们的省级反贪局的负责官员不知遵循哪条法律，居然参与其事，积极实现外商的意图。这办的是什么案子呢？

审判长，省级检察机关直接承办李案，在其工作过程中并没有严格遵循法律的相关规定，甚至发生了侵犯当事者的权利和利益的种种情形。特别是在证据的取舍上，没做到实事求是、客观公正。所有这些，为了维护省级检察机关的形象，在这里可以不提；可是，这些现象的存在，使我们痛切地感到：司法机关独立办案，执法必严，以法治国，真是谈何容易！不过我仍然想说：难道我们就真的不能改它一改？《人民检察院组织法》第七条第二款明文规定，检察院的一项重要职责是“忠实于事实真象”，做到这一点，应该是起码的要求。为纠正检方的失误，为了反映本案的事实真相，我想提出一个问题：赵伟光在李鸿志的支持下借的30万元货款，如不是彩印厂的，为什么由彩印厂负责人王存瑞开具收据？还有，如果认为这30万元货款是舒而美公司哈尔滨分公司的钱，检察机

关又为什么把这笔钱退给了彩印厂，并由该厂开具了收款单据？尽管省检察院没有出示那些对被告人有利的证据，我们的问题依然能够证明事情的症结与真相，这，谁又能够抹杀呢？其中包含的种种，请法庭审慎考虑。

以上是围绕事实所作的论辩，是对我的同事牛炳宜律师方才发言的补充。

下面，要就本案涉及的法律问题陈明两点意见：

第一点，1994 年 9 月 12 日江苏省检察院起草并与省高院联合发布的《关于办理挪用公款案件有关问题的通知》，有专项规定："未经合法批准，擅自以单位名义将公款借给企事业单位、机关、团体使用，并立有借据的，不属挪用公款归个人使用。"（该《通知》第五项）这个通知，完全符合两高的相关指示的精神，根据我国法制统一的原则，各地在办理同类案件时即使不援引适用，也应有其重大的参照价值，至少也不该反其道行之，是无庸赘言的。对此也请予以认真的考虑。

第二点，众所周知，行为的社会危害性是犯罪的本质特征，没有社会危害性的行为依法不能构成犯罪。就本案来说李鸿志出主意为火锅城向彩印厂借款 30 万元的行为，对谁构成了危害呢？对舒而美公司有危害吗？没有，一点也没有。该款是舒而美应付给彩印厂的欠款，所有权人不是舒而美，因而不可能危及舒而美的利益，更谈不到危害！对彩印厂有危害吗？也没有。企业之间的互通有无，而且已经清还了所欠款，不论从哪个方面看都不存在危害问题。总之，李鸿志的行为没有任何社会危害性，显然不能构成犯罪，这是常识，相信会得到同意而被采纳。

至于本案涉及的其他法律问题，我们拟另行提出。

审判长，庭审调查证明：李鸿志在本案中的所作所为，都不是他的个人行为。他肩负着繁重的任务。他为了组织的最高利益忍辱负重，顶住了巨大的压力，经受了严格的审查，承受了严峻的考

验。历史与现实无不证明着他的清白与高尚，勤奋与敬业，这是我们自己培养起来的一个优秀的、难得的人才，我们有什么理由硬要把自己的受人屈枉纯洁无瑕的同志与战友投入监狱，置之死地，使亲痛仇快呢？李案历时年余，因该案给我们自己的企业、给我们的邯郸，带来的损失有目共睹，人所共见。我们又有什么理由，为了满足一个外商的非分的、无理的要求而不管不顾自己的重大损失呢？

审判长，事实无可争辩地证明李鸿志无罪。我们恳切地建议法庭对李案作出无罪的宣告，从而有可能使李鸿志放下包袱，再建功业，为邯郸的经济腾飞，为我们伟大祖国的兴旺发达，贡献出他应能付出的更大的力量。

我相信，神圣的国法不会受到玷污。我也决不怀疑，合议庭会同公诉人一样的公正。我们终将得到正确的判决。

律师　张恩之

1998年3月13日于邯郸

诉 讼 文 书

检察院起诉书(摘要)

被告人李鸿志,男,现年四十九岁,汉族,高中文化,河北省武安市人,住邯郸市从台区(略地址),系邯郸金佰利舒而美卫生用品(集团)有限公司总经理兼副董事长,和内蒙古乌拉盖牧业有限公司董事长。因涉嫌挪用本单位资金,于1997年9月29日由本院立案,经本院决定,1997年10月1日被公安局刑事拘留,10月13日执行逮捕。现在押。

辩护人:张思之,北京市律师事务所律师。

辩护人:牛炳宜,石家庄市中石律师事务所律师。

被告人李鸿志挪用本单位资金一案,由本院贪污贿赂检察处侦查终结,于1998年1月4日移送本院刑事检察二处审查起诉。经审查:

1996年8月,李鸿志、舒而美公司哈尔滨分公司经理赵伟光和哈尔滨个体商人陈松光三人商定在哈尔滨市开办乌拉盖肥羊火锅城。李投资200万元(占50%),赵、陈各投100万元(各占25%股份)。火锅城羊肉由乌拉盖牧业公司提供,赵、陈负责购房、办营业执照等具体事项。后赵从哈尔滨市嘉联房地产开发公司购买了道里区抚顺街165号商品房728.23平方米,以赵伟光个人名字办理了私有产权证。为及早开业,经李鸿志同意后以赵伟光个人名义办理了个体营业执照。

1996年10月下旬,舒而美公司在北京召开业务会议。期间,因火锅城需买冷藏车从内蒙拉羊肉用,赵说资金紧张,后李、赵议

定从舒而美公司哈尔滨分公司欠邯郸塑料彩印厂货款中以打借条倒账方法借彩印厂30万元解决购车款，李认为这样又快又省事。赵说要借彩印厂30万元得由李和彩印厂厂长王存瑞说，李当时认为自己和王有七八年的业务关系，有面子，就答应由他和王存瑞直接说借30万元的事。会议期间，赵伟光还顺便和参加会议的王存瑞说到：老总（指李鸿志）和我在哈尔滨联办了一个火锅城，还缺点资金，请你帮帮忙。王未同意。11月初，赵伟光给王存瑞打电话，问火锅城的事李和你说了没有。王说，没有说，就是说了我也没钱借给你。当天晚上，李鸿志约王存瑞到邯郸万芳园酒店，二人喝酒时李问王：伟光欠你多少钱（指单位）。王说，50多万元，李说，火锅城是缺资金，赵拿不出钱，牧场也拿不出钱，我看这样，从你这里想想办法，火锅城借你30万，从哈尔滨分公司减他们欠你厂的货款，不让赵欠你的，这样就两活了。王说，这也是个办法。之后，李给赵伟光打电话说：王老三（指王存瑞）同意借30万，你和他具体联系吧，你代表火锅城打借条就行了，借的30万元，现在可以买车了，就是你可以动用了，以后再补这个借款手续。11月15日，因火锅城购房急需交款，赵伟光请示李鸿志同意后，即让本公司会计刘春华开了一张30万元的银行转帐支票，以哈尔滨分公司账户转入哈尔滨嘉联房地产开发公司，支付了购抚顺街165号商品房款。11月30日，李鸿志和王存瑞到哈尔滨同住凯莱大酒店。期间，赵伟光和王说，这次还你20万元货款，剩下的30万元火锅城用了，已经去了你的账。王说，别去我的账，你去了我的账，我怎么办。赵说，你别开玩笑了，钱已经花出去了，这是老总的意思。王没有再说话。当晚，李鸿志将王、赵叫到其房间对王说：伟光同我说了借款的事，钱已经花出去，我看这样，让伟光给你打个借条，写明用于火锅城，你俩合计合计，手续怎么走好，以后让火锅城还你。王认为，火锅城有李鸿志的参与和组织，如不同意，把李得罪了，不仅货款不好要，连彩印厂效益都受影响，便同意了办借款手续，并将赵伟光当即写的借条“借

邯郸彩印厂货款用于火锅城人民币30万元。借款人:赵伟光。1996年12月2日”带回邯郸,12月中、下旬,王存瑞在李、赵要求下,让本厂财务科史建平开据了日期为1996年11月6日的收据,抵平了哈尔滨分公司欠彩印厂30万元的双方账目。

上述事实清楚,证据确实充分。

本院认为,被告人李鸿志身为邯郸金佰利舒而美公司总经理,目无国法,利用职务之便伙同赵伟光(另案处理),挪用舒而美公司所属单位30万元,进行营利活动,其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第二百七十二条,已构成挪用本单位资金罪。依据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百四十一条之规定,决定对被告人李鸿志提起公诉。

1998年1月5日

11 法院刑事判决书(摘要)

被告人李鸿志,男,1948年10月9日出生,汉族,高中文化,河北省武安市人,邯郸市新欣卫生用品有限公司董事长,内蒙古乌拉盖牧业有限公司董事长,曾任邯郸金佰利舒而美公司副董事长兼总经理。

辩护人张思之,北京市吴栾赵阎律师事务所律师。

辩护人牛炳宜,河北省石家庄市中石律师事务所律师。

检察院起诉书指控被告人李鸿志犯挪用资金罪,于1998年1月6日向本院提起公诉。本院依法组成合议庭,公开开庭审理了本案。现已审理终结。

经审理查明,1996年8月间,内蒙古乌拉盖牧业有限公司董事会议决定由李鸿志与舒而美公司哈尔滨分公司(下称哈分公司)总经理赵伟光和哈尔滨市个体商人陈松光在哈尔滨市开办乌拉盖

肥羊火锅城有限公司(以下简称火锅城)。后三人商定李鸿志代表乌拉盖牧业有限公司投资200万元,赵、陈各投资100万元,李鸿志任董事长,陈松光任总经理,赵伟光任董事,赵、陈负责购置房产、设备及办理营业执照等具体事项。1996年10月下旬,因火锅城需购置冷藏车资金不足,赵伟光、李鸿志协商拟从哈分公司欠彩印厂货款中借用30万元用于火锅城。11月初,李鸿志邀彩印厂厂长王存瑞在邯郸市万芳园酒店谈及此事,王存瑞同意将哈分公司欠彩印厂50余万元货款中的30万元转借给火锅城,并商定以后由火锅城还此款。李鸿志将王存瑞同意转借款事宜电话告知赵伟光。11月15日,赵伟光从哈分公司转给哈尔滨市嘉联房地产开发公司30万元,用于火锅城购房。12月2日,李鸿志、王存瑞来哈尔滨市,赵伟光代表火锅城给彩印厂出具了30万元的借据,并告知王存瑞此款已用于火锅城。王存瑞回邯郸后将此事向厂企管会做了汇报,经厂企管会同意后,彩印厂于12月25日给哈分公司办理了转款手续,并将借给火锅城30万元的单据入账。上述事实,有赵伟光证明:因火锅城需购冷藏车资金不足,拟从哈分公司欠彩印厂货款中用30万元,由李鸿志出面协调。11月上旬,接李鸿志电话:彩印厂厂长王存瑞同意火锅城从哈分公司欠彩印厂货款中用30万元。11月15日从哈分公司转给哈尔滨市嘉联房地产开发公司30万元用于火锅城购房。12月2日在哈尔滨市给王存瑞出具了火锅城借彩印厂30万元的借据。后收到了彩印厂出具的收到哈分公司30万元货款的收据。证人陈松光证明:李鸿志代表内蒙古乌拉盖牧业有限公司向火锅城投资200万元。自己和赵伟光向火锅城各投资100万元。1996年11月份,由李鸿志、陈松光代表火锅城从哈分公司欠彩印厂货款中借用30万元,火锅城用于购房。证人王存瑞证明:1996年11月上旬,同意火锅城从哈分公司欠彩印厂货款中借用30万元。12月2日赵伟光代表火锅城出具了借彩印厂货款30万元用于火锅城的借据。回邯郸后,将此事向厂企管会作了汇

报，得到同意后，给哈分公司出具了收到货款30万元的收据。1998年1月5日检察院将从火锅城扣押的30万元退给彩印厂25万元。公诉人当庭还出示了赵伟光代表火锅城给彩印厂出具的借用30万元的借据、彩印厂给哈分公司出具的收到30万元的收据及哈分公司转给哈尔滨嘉联房地产开发公司30万元的银行转账单据。被告人李鸿志当庭陈述了从哈分公司欠彩印厂货款中转借等事实。以上证据均经庭审质证，予以核实并确认。

本院认为，被告人李鸿志作为舒而美公司总经理，为哈尔滨乌拉盖肥羊火锅城有限公司使用资金，通过空走账的形式，将哈分公司欠彩印厂的30万元货款还给彩印厂。彩印厂已对此予以确认。哈分公司与彩印厂之间关于30万元货款的债权债务关系由此解除。李鸿志与彩印厂厂长王存瑞经过协商，王征得该厂企管会的同意，将哈分公司原欠本厂的30万元货款借给火锅城，此款由哈分公司直接给付。因哈分公司欠彩印厂的30万元货款已走账还彩印厂，故法律手续也是完备的。火锅城已向彩印厂出具借条使用此款，这一借贷行为确立了火锅城与彩印厂就本案所涉款项形成了新的债权债务关系。火锅城与彩印厂均为独立法人，两者之间的借贷行为与李鸿志担任舒而美公司总经理职务无直接关系，故公诉机关指控被告人李鸿志犯挪用资金罪，罪名不能成立。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百六十二条第二款之规定，判决如下：

被告人李鸿志无罪。

1999年8月30日

检察院刑事抗诉书

法院：

本院于1999年9月15日收到法院对被告人李鸿志挪用资金

案的刑事判决书。经本院审查认为:该判决书以李鸿志不构成犯罪,宣告其无罪是错误的,适用法律不当。

本院起诉认定:"1996年8月,李鸿志、赵伟光(舒而美公司哈尔滨分公司经理)和哈尔滨个体商人陈松光三人商定在哈尔滨市开办乌拉盖肥羊火锅城。李投资200万元(占50%),赵、陈各投100万元(各占25%股份)。火锅城羊肉由乌拉盖牧业公司提供,赵、陈负责购房、办营业执照等具体事项。后赵从哈尔滨嘉联房地产开发公司购买了道里区抚顺街165号商品房728.23平方米,以赵伟光个人名字办理了私有产权证。为及早开业,经李鸿志同意后以赵伟光个人名义办理了个体营业执照。

1996年10月下旬,舒而美公司在北京召开业务会议期间,赵说资金紧张,后李、赵议定从舒而美公司哈尔滨分公司欠邯郸塑料彩印厂货款中以打借条倒帐方法借彩印厂30万元解决购车款,李认为这样又快又省事。赵说要借彩印厂30万元得由李和彩印厂厂长王存瑞说,李当时认为自己和王有七、八年的业务关系,有面子,就答应由他和王存瑞直接说借20万元的事。会议期间,赵伟光还顺便和参加会议的王存瑞说到:老总(指李鸿志)和我在哈尔滨联办了一个火锅城,还缺点资金,请你帮帮忙,王未同意。11月初,赵伟光给王存瑞打电话,问火锅城的事,李和你说了没有。王说,没有说,就是说了我也没钱借给你。当天晚上,李鸿志约王存瑞到邯郸万芳园酒店,两人喝酒时李问王:伟光欠你多少钱(指单位)?王说:50多万元。李说:火锅城是缺资金,赵拿不出钱,牧场也拿不出钱,我看这样,从你这里想想办法,火锅城借你30万,从哈尔滨分公司减他们欠你厂的货款,不让赵欠你的,这样就两活了。王说,这也是个办法。之后,李给赵伟光打电话说:王老三(指王存瑞)同意借30万,你和他联系吧,你代表火锅城打借条就行了,借的30万,现在可以买车了,就是你可以动用了,以后再补这个借款手续。11月15日,火锅城购房急需交款,赵伟光请示李鸿

志同意后，即让本公司会计刘春华开了一张30万元的银行转账支票，以哈尔滨分公司账户转入哈尔滨嘉联房地产开发公司，支付了购抚顺街165号商品房款。11月30日，李鸿志和王存瑞到哈尔滨同住凯莱大酒店。期间，赵伟光和王说，这次还你20万元货款，剩下的30万元火锅城用了，已经去了你的账。王说，别去我的账，你去了我的账，我怎么办。赵说，你别开玩笑了，钱已经花出去了，这是老总的意思。王没有再说话。当晚，李鸿志将王、赵叫到其房间对王说：伟光同我说了借款的事，钱已经花出去，我看这样，让伟光给你打个借条，写明用于火锅城，你俩合计合计，手续怎么走好，以后让火锅城还你。王认为：火锅城有李鸿志的参与和组织，如不同意，把李得罪了，不仅货款不好要，连彩印厂效益都受影响，便同意了办借款手续，并将赵伟光当即写的借条"借邯郸彩印厂货款用于火锅城人民币30万元，借款人：赵伟光。1996年12月2日"带回邯郸，12月下旬，王存瑞在李、赵要求下，让本厂财务科史建平开具了日期为1996年11月6日的收据，抵平了哈尔滨分公司欠彩印厂30万元的双方科目。

法院判决书认定："被告人李鸿志作为舒而美公司总经理，为哈尔滨乌拉盖肥羊火锅城有限公司使用资金，通过空走账的形式，将哈分公司欠彩印厂的30万元货款还给彩印厂。彩印厂已对此予以确认。哈分公司与彩印厂之间关于30万元货款的债权债务关系，由此解除。李鸿志与彩印厂厂长王存瑞经过协商，王征得该厂企管会的同意，将哈分公司原欠本厂的30万元货款借给火锅城，此款由哈分公司直接给付。因哈分公司欠彩印厂的30万元货款已走帐还彩印厂，故法律手续也是完备的。火锅城已向彩印厂出具借条使用此款，这一借贷行为确立了火锅城与彩印厂就本案所涉款项形成了新的债权债务关系。火锅城与彩印厂均为独立法人，二者之间的借贷行为与李鸿志担任舒而美公司总经理职务无直接关系，故公诉机关指控被告人李鸿志犯挪用资金罪，罪名不能

成立。"该判决混淆了本案的事实，虽然李鸿志以空走账的方式，从书面上解除了哈分公司与彩印厂的债权债务关系，但二者之间的债权债务关系并未真正解除。因为直接给付火锅城款的单位是哈分公司，彩印厂从未收到过哈分公司欠该厂的货款，故彩印厂与火锅城的借贷关系并不成立。被告人李鸿志利用其担任舒而美公司总经理兼副董事长的职务之便，授意所属哈分公司将该公司款 30 万元借给其所参股的哈尔滨乌拉盖肥羊火锅城使用的行为，符合挪用资金罪的特征。

本院对该判决审查认为，被告人李鸿志身为邯郸金佰利舒而美公司总经理，目无国法，利用职务之便挪用舒而美公司所属单位 30 万元，进行营利活动，其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第二百七十二条，已构成挪用资金罪，应依法追究其刑事责任。

根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十一条的规定，向你院提起抗诉。

1999 年 9 月 19 日

陈锋"贪污案"

案情简介

陈锋,广东湛江市面粉厂财务股长。

1986年2月,陈利用财务股长的职权,将应解缴银行的现金27 121元,转借给本厂退休工人全中衡使用,至审理时未还。该年年底,全中衡又以承建虾场急需资金,向陈提出借面粉厂公款,陈同意,要求出纳先后四次汇出157 000元给全使用,立有借款手续,约定了还款时间及利率。陈锋对出纳写有"借条",在出纳手中保存。全未按约定还款。

案发前,陈一面向上级交代了实情,一面向亲友借贷还清了挪用的全部公款。

检察院认为陈的行为构成"贪污"罪,提起公诉。一审判处陈无期徒刑。上诉后,律师从事实和法律两个方面,对一审判决作了详细的批驳,二审不予采纳,维持原判。

辩 护 词

二审书面辩词

陈案二审合议庭:

我们对陈案调查研究之后,曾经提出了理由正当、合乎程序的建议,要求按照《刑事诉讼法》第一百四十一条的规定就陈锋上诉案参照一审程序"开庭审判","公开进行"。

我们现在提交书面辩护意见,出之于对二审法庭决定的尊重。应当说明,考虑到律师工作在书面审理中必然受到的局限,考虑到法庭书面审理的一些特点,我们对某些重大问题将不得不详予论述,对此应请明察。

一、作为陈锋辩护律师,我们对一审判决从根本上持否定态度。该判决对于主要事实的认定与表述失之主观,对证据的甄别与采用极不郑重,对被告人行为的性质的判定又悖离法律和政策。尤其令人震惊的是,该判决不仅未采用、而且竟然违背了1989年8月15日两高发布的《……(经济)犯罪分子必须在期限内自首、坦白的通告》(以下称《通告》)中的重要规定。这个《通告》是中央制定的刑事政策在现实的最高体现,在执行中无疑优于其他的法律、法规。《通告》第七条明确指出,通告发布后,正在办理的经济犯罪案件,犯罪分子有自首坦白情节的,"适用本通告第二条的规定"。可是陈锋一案,一审判决以所谓被告人"知道其罪行已被揭露"为口实,抹去了陈锋的"自首坦白"这一重要情节,从而将两高《通告》弃之不顾;对于人民法院的诉讼文书来说,这无论如何不能认为是严肃的。我们姑且不来讨论"罪行已被揭露"的真实程度;

必须分辨的是：一审法院对于《通告》明明有其正确的理解，却偏偏在执行上采取了随意的态度，这从该院审理的犯罪性质、情节均较陈锋一案严重的甘润花贪污案中可得印证。甘润花，多次开假单据贪污货款14万余元，经单位领导多次找她本人和家属谈话，始报案自首，退赃11万元，远不彻底。市中级人民法院公开宣判，宣布“对本应判处死刑的甘润花从轻判处有期徒刑四年”。以上情况，分别刊登于《湛江日报》9月9日与10月18日的头版。研究了这个案例，我们不得不提出问题：陈锋一案，实属“挪用”，她察觉到受人欺骗、自己的错误相当严重之后，一面向组织主动交代，一面遍求亲友借款，将挪用的18万余元彻底还清。这种情况何以不能适用《通告》？请研究一下《通告》第二条第二款，“被采取强制措施后坦白全部罪行，积极退赃的”，都可以“酌情予以从宽处理”，为什么偏偏陈锋不能得到政策的恩泽？我们要问：按照一审的做法，《通告》明文确定的“查处这类犯罪案件，要坚持……公民在法律面前一律平等的原则”和“坦白从宽”的政策，不是变成一纸空文了吗？把政策变成空文，必然造成失信于民的后果，对此还用得着论证吗！我们禁不住再问：按照一审的做法，对比甘、陈两个判例，我们的“法制统一”的原则在司法领域还有多少实际意义？值得欣慰的是，审级制度，上诉制度，可以使我们的人民法院通过法定程序纠正一审一时的失误，我们有理由指望二审的公正性、正确性。

二、再说定性。事实是定性的基础。本案的主要事实是：(1)陈锋挪用公款，借给本厂退休工人全仲衡“建虾场”；(2)陈、全之间立有借款手续，约定了还款时间及利率；(3)挪用时，陈锋出具了借条，至案发都在出纳手中保存；(4)陈锋受全仲衡欺骗，全未按约定还款；(5)陈锋未牟取私利；(6)陈锋于案发前还清了挪用的公款。根据以上六点，充分说明陈锋的行为属于“挪用”，她自始至终没有“贪污”的故意。至于一审判决所说“冲平账面”，确是实情，然而这是被告人应付查账的手段。问题的实质在于，只要被告人不与出

纳勾结，只要被告人不毁掉“借条”，她就不可能“非法占有”这笔公款，也就构不成贪污。一审根据某个犯罪手段确定被告人行为的性质，不可能符合法律的相应规定，不可能不与法律原则背道。

法律是定性的依据。面对作为上诉审的省高院审判庭，实在没有必要论述贪污与挪用公款的界限与区别；但细查一审的本案判决，我们又不能不指出，两高去年11月6日发出的《关于执行〈关于惩治贪污罪、贿赂罪的补充规定〉若干问题的解答》具有司法解释的性质和作用，并明令要求所属“遵照执行”，一审竟不援引判案。那个《解答》把问题讲得清清楚楚：“挪用公款案发后，侦查终结前退还的，以挪用公款罪认定处罚”，“挪用公款数额较大不退还的，以贪污论处”。令人不解的是，作为中级法院，怎么可以离开这样重要的规定独断专行、随意判案呢？为了证明我们所持的观点具有无可怀疑的正确性，建议二审研究一下最高法院林准副院长及其领导的调查小组今春《对挪用公款罪的几个问题的调查》。这个调查报告公开发表于《人民司法》，其中所举的案例，充分说明了一审对陈锋案所作的判决的不正确性，证明着我们的辩护意见入情入理，于法有据，无法驳倒。林准调查诚然不是司法解释，但他们的调查报告发表于最高法院的机关刊物《人民司法》，作为下级法院，似乎不该置若罔闻。

总之，一审判决改变起诉书中对陈案的定性，将挪用更换为贪污，没有根据，没有道理，我们不能同意。

三、关于证据。案卷材料表明，一审赖以定案的主要依据，是他们委托湛江市会计事务所提供的一份鉴定报告——《查账报告书》。鉴定仅仅是一种证据，刑事诉讼法第三十一条第二款第五项有明确的规定；证据的作用在于，它是“证明案件真实情况”的事实，这是同条第一款的基本内容，本来没有争辩的余地。我们万万料想不到，一审法院竟能委托会计事务所鉴定“陈锋挪用公款一案，其中两笔（款项）……是属于挪用或是贪污”（文见

一审法院的《业务委托书》，该院卷宗第七十七页）。湛江市会计事务所居然接受了这样的“委托”，并按照委托方的意图和要求作出了鉴定结论。这是异乎寻常的做法，身为律师，不敢不表明我们的观点——

第一，行为是挪用或是贪污，在诉讼中，只能由人民法院依法判定，其他任何单位的所谓“鉴定”都无法律效力。鉴定作为证据，不能解决定性问题。

第二，研究一审的《业务委托书》，实质上是将人民法院的审判职能拱手转移给一个绝无任何权力的民间性团体，这是对宪法第一百二十三条的公然违反；任何人的违宪行为都会受到理所当然的抵制。

第三，将一种证据（鉴定结论）通过表面上的合法手续，演变成断定行为性质的法律文书，这是对《刑事诉讼法》第三十一条、第八十八条的违反。在一审宣示有关的鉴定结论之后，被告人、公诉方都表示了异议，一审合议庭既不进行质证，又不“重新鉴定”，失去了纠正错误的机会，使违法行为不可更改地记录于案卷，留给二审合议庭依法纠正了。

第四，遍查湛江市会计事务所《章程》关于业务范围的划定，并没有上列的鉴定行为性质一项，该所在陈案中的活动，超出了业务范围，并从第三者——面粉厂手中收取了数目可观的报酬。我们认为，二审有必要提出司法建议，责令改正，以儆效尤。

或者有人会提出，关键在于内容是否正确；那就让我们对该鉴定结论的一些内容作点剖析——

1.《查账报告书》说：“利用职务上的便利是贪污行为的基本特征。”不知鉴定人是否知道，这同样也是“挪用”的犯罪构成要件之一，据此划定贪污与挪用的界限，怎么划得清呢？

2.《查账报告书》说：“挪用是工作人员私自动用公共钱财归个人使用的违法行为。”这与法律规定的“挪用”概念相去甚远，这种

鉴定对于解决诉讼中的问题毫无意义。

3.《查账报告书》说:"挪用公款供个人进行营利活动或挥霍享受,挪用的时间虽较短,但数额巨大的,也属于贪污性质。"这明显地篡改了法律的规定。

4.《查账报告书》一会儿说陈锋"盗用"公款,一会儿说是"挪用",一会儿又说是"贪污",殊不知这三者在法律上是完全不相同的概念,鉴定人没有能力加以区别,因而语多混乱。

5.我们注意到,鉴定人理解挪用与贪污的区别"主要看是否已经归还"。但恰恰是在陈锋还款这一情节上,《查账报告书》含糊其辞地说:"案发后陈锋在极短的时间内偷偷交出190 946.30元现金,存入银行"。是还款还是"退赃"?鉴定结论闪烁其辞。试问:交出也好,存入也好,尽管没有公然,而是"偷偷",这算不算退还呢?鉴定书没有正面回答,却匆匆作出了臆测,说"陈锋用不法手段,弄虚作假,欺上压下,已远离了挪用公款的宿营地,坠入了贪污罪的深渊,使其挪用公款的犯罪性质早已发生了根本的变化,因此鉴定其长期挪用的两笔公款属于贪污性质"。从这篇文字看,据说陈锋已从"挪用公款的宿营地"坠入贪污罪的"深渊"了,那么出现了什么样的法律事实,使陈锋挪用公款的性质发生了根本的改变呢?鉴定人对此不予证明,这个材料还有什么价值!

6.《查账报告书》用许多夸张的言辞歪曲案情,例如说陈锋"欺上压下","多次威胁阻止知情者向领导报告"等等。这些说法在案卷材料中没有证据证明,起诉书也不曾这样指控,鉴定人怎么可以臆造情节,加罪于被告人呢?严格地说,这是伪证,而伪证是应当承担法律责任的。

总之,一审法院赖以定案的《查账报告书》,不仅从性质上看是非法的,即使从内容上看,也是概念错误,逻辑混乱,言辞不确,根本不能作为判决依据使用。

四、被告人行为的"社会危害性"的估量。行为的社会危害性

对于定罪量刑无疑有其重要意义。就陈案而论,被告人在挪用公款借给他人使用的过程中,始终没有牟取私利,之后又积极设法主动退还,足证她的社会危害性较之骗取公款的全仲衡毕竟是小的。全仲衡诈骗案至今尚未审结;但依照现行法律,最高刑也不过是无期徒刑,而且也不可能再有"退赃"的判决。两相比较,人民法院裁判的天平又怎能衡量出被告人行为的社会危害性谁大谁小?还要补充一点:陈锋退款,取之于亲友,实属"借贷",刑满之后是必须偿还的,这个情况,有借款人可以作证。陈锋借巨款代诈骗犯清退了她挪用的公款,却被处以无期徒刑,一审犹言"从轻判处",这是否意味着陈锋的行为其罪当杀呢?哪条法律、法规有这样的规定?!有必要指出,一审的从轻之说,无非是一审错误判决的"掩体",与实际情况相距过远,这种态度是不严肃的。

以上,是我们辩护意见的基本内容。最后还要补充陈明一点,一审的审判员在不同的场合表示过,他们作出的判决,得到了二审的支持。也还有其他人发表过这样的见解:这样的案件,即使有律师出庭辩护,不管他来自何方,或者是否"高级",都无济于事,都不可能对被告人有所帮助。我们当然能够认识到以上的看法和见解等等大体上符合目前的实际,不过我们还是寄希望于二审能够严于执法,而不片面照顾下级法院的威信。一、二审研究案件,已属常规,对此无可厚非;但在一审时参与研究同自己依法进行审理,毕竟在程序上或实体上都有其不尽相同之处,深信二审合议庭能够把握住这一基本点。我们坚信对于一审判决的否定是完全正确的;我们相信二审终将纠正一审的错误。

请予审查。

注:本案与傅可心律师合办。

诉讼文书

检察院起诉书(摘要)

被告人陈锋,女,四十一岁,汉族,文化程度高中,原是湛江市面粉厂财务股股长,1989 年 7 月 13 日被逮捕。被告人陈锋挪用公款一案,已由本院侦查终结,现查明:

1985 年 9 月份,陈锋利用其财务股长的职权,先后向其本厂(湛江市面粉厂)出纳员李苏女借出该厂销售麦皮等应解缴银行的货款 33 950.50 元,转借给全中衡(该厂退职工人)使用,该款于 1986 年 2 月 8 日通过湛江罐头厂汇还面粉厂账户。

1986 年 2 月 5 日至 2 月 14 日,陈锋先后五次以代李苏女保管现金为名,将应解缴银行的货款 33 946.30 元转借给全中衡使用,该款全中衡至今未归还。

1986 年12 月 12 日至1987 年1 月 14 日,陈锋编造谎言欺骗出纳员唐美霞说:厂年底在银行存款的余额较大,怕银行回收贷款,先转出一部分资金到她家乡东山建虾场。厂长已同意,一个月后归还,要求唐美霞按陈锋提供的账户、金额,从面粉厂的基建存款账户中,以转账支票的方式,分四次将 157 000 元汇入霞山建行霞山新南工程队账户,借给全中衡使用,该款全中衡至今未归还。

上列事实,有证人证言,有借据、汇单、账单及查账组报告等证据证实,事实清楚,证据充分确实,被告人陈锋亦供认在卷。

本院为保护国家财产不受侵犯,打击经济犯罪,根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百条之规定,特对被告人陈锋提起公

诉,请依法判处。

市中级法院刑事判决书(摘要)

公诉人:市人民检察院

被告人:陈锋,女,湛江市面粉厂财会股股长

经本庭审理查明:陈锋利用其担任湛江市面粉厂财务股长职务,于1986年2月以代出纳员李苏女保管现金之便,将收到饲料款人民币27 121.50元,借给全中衡(另案处理)搞建筑工程,到月底结账时,又利用职权指使李苏女在现金日记账上作为解缴银行科目入账,尔后,陈锋在会计账上先将此笔款摊派到"待摊费用"和"其他应收"科目,再冲人成本报销,搞平账面。

1986年12月至1987年1月间,陈锋欺骗出纳员唐美霞说:"年底银行存款余额较大,怕银行回收贷款,先将一部分转到其家乡建虾场使用。一二个月内归还,按银行利率计息给厂,已经厂长同意。"并要唐美霞以付"材料"款为由分四次填好汇款单,交被告本人办理汇款手续,唐美霞按照陈锋的旨意转出人民币157 000元到霞山新南工程队,款汇出,陈锋没将汇款底单交给出纳人账,也不制作会计记账凭证记账,致使出纳、会计账目无反映。至1989年4月,面粉厂组织查账,被告人陈锋害怕罪行败露,于同年5月7日又伪造银行对账单十一张交查账组,企图蒙混过关。到次日,被告人陈锋知道其罪行已被揭露,才于当日和11日、12日、13日将赃款退回面粉厂,并交代其犯罪事实。

本庭认为,被告人陈锋利用职务之便,骗上压下,伪造账目,凭空分科摊派,冲平账面和故意不做会计凭证人账,以现金、银行的支出亏空数增加凭证汇总记人总账,掩盖库存现金和银行存款的虚假结存,制造账目混乱,隐瞒财务事实真相等手段,将面粉厂的资金184 121.50元给全中衡和新南工程队使用,致使面粉厂

对此笔款失去了所有权。直至面粉厂组织清账和被揭露后才交代其作案事实退回赃款。其行为已构成贪污罪,数额特别巨大,情节特别严重,本应依法从严惩处,鉴于其罪行被揭露后能坦白交代作案事实,主动退清赃款,可酌情考虑从轻判处,判决如下:

被告人陈锋犯贪污罪,判处无期徒刑,剥夺政治权利终身。

1990年5月10日

高级法院刑事裁定书(摘要)

上诉人陈锋不服一审求决提出上诉。本院依照《刑事诉讼法》第二审程序,对本案进行了审理。

本庭认为,上诉人陈锋身为国家企业干部,无视国法,利用职务之便,将公款184 121.50元转给他人,由他人写回借其私人款的借据给其保存,其却以"待摊费用"、"其他应收"科目挂账,尔后冲人成本,搞平账面和故意不作会计凭证人账等手法,予以侵吞,其行为已构成贪污罪。数额巨大,情节特别严重,本应依法严惩,鉴于其在案发后,能退清赃款,可酌情从轻处罚。原审判决认定事实和适用法律正确,量刑适当,审判程序合法。陈锋上诉辩称,其不是贪污罪,而是严重违纪失职行为或渎职罪;有投案自首情节,要求从轻处罚。经查,陈锋利用担任湛江面粉厂财会股长职务之便,将巨额公款汇给包工头全中衡,由全写了借她个人款的借据给她保存二三年之久,而其却搞平账面或故意不人账面侵吞,其行为已构成贪污罪,其上诉辩解不能成立;其在贪污罪行败露后,虽然向厂领导说了一些问题,但未如实、全部交代自己的罪行,不具备投案自首条件,原审判决不认定其自首是正确的。鉴于能退清赃

款,致从轻判处无期徒刑正确。上诉理由不能成立,不予采纳。维持原判。

1990年12月8日

田发欣“受贿案”

案 情 简 介

田发欣，新疆毛纺厂党委书记。

1988 年 5 月，田发欣经人介绍与江苏常州的张华明商议购买羊毛事宜。6 月 16 日，张从江苏到新疆，先后两次交给田两台“富奈牌”1000 型单放机，托其处理。11 月，田偕采购员章易轩与张华明商定，以本厂 5 吨精短毛换购常州大客车一辆；田委派章经办此事。

1989 年 5 月，田派员要求在厂内施工的队长发给确有贡献的工作人员奖金 2 500 元。奖金发放 500 元，

1989 年 6 月，田给人批了毛布，分得 5 000 元回扣，10 月间又分两次退回。

1989 年 7 月至 8 月，田要本厂职工为他买过一只金镯子、两件皮茄克。接受个体户陈某赠给的大衣两件。

1989 年 7 月，田得知哈密农垦局有羊毛销售，决定买回 20 多吨，事后取得“信息费”200 元。

1988 年冬，田在“金星毛纺织厂”购买家具，按优惠价支付，欠款 1 100 元。

以上，检察机关分列八项均按收受贿赂起诉。

一审法院审理后，认定田犯有“受贿罪”，但否定了起诉书中指控的四项事实，判处田发欣徒刑四年。

检察院提出抗诉，田发欣提起上诉，二审维持一审判决。田发欣依法申诉。

律师认为田发欣无罪，指控不能成立。

辩　护　词

一审辩护词

审判席：

田发欣被指控犯有受贿罪，是一个相当简单的刑事诉讼；但查阅全卷并作了一些调查之后，我们深感它被复杂化了。我们作为被告人田发欣的辩护律师，反复地研究了对被告人的指控和有关的证据及其他材料，现在有充分的把握向合议庭表明，我们对昌吉市人民检察院就田发欣受贿一案提出的起诉书，从根本上持否定态度。我们的这个观点既有事实可证，又有法律依据。我们的论据主要有以下六点：

一、起诉书指控的第一项受贿事实是：1988 年 6 月，江苏常州的一个经销部经理张华明"送给田发欣富奈牌 1000 型单放机两台，价值 3 400 元"。这个指控不能成立。

第一，张华明带来新疆两台单放机，目的在于"卖"，而不是"贿"。据张华明 1991 年 5 月 20 日对检察人员说"我怕他（田）不给钱"，1991 年 7 月 11 日又说"他给我钱，我就要"，"他若不给钱，我损失不大"（33 页，31 页，卷三）。从这里看不出有一点要"送"、想"贿"的意思。

第二，被告人田发欣在张华明要价之后，付了款，这有张华明自己写的收条存卷可证。收条的内容为："今收到田书记（按：即被告人）放像机款 1 800 元整，开票结算，多退少补。张华明，1988 年 12 月 15 日。"

为什么没开票呢？据张自己 1991 年 7 月 11 日在向检察院所

作的证词中说:"由于该(卖货)公司倒闭,现在票还未开出来。"(35页,卷三)这与田发欣本人的陈述是一致的,他说当时价没定;1989年6月,"他定1 800元,说没发票,我给了他1 800元,我说没发票打个条子……"(见证据卷,148页)。两相印证,说明以上两项证据都是可信的。

有人指出,张华明1989年4月15日给章易轩还写过一个条子,那上面分明有"款未付"三个字。是这样。但是,认真地分析一下这个条子,就可以看出,它不但没有否定上一个条子的真实性,而且恰恰能证明后一个条子的虚假性。这后一个条子全文只有两句话,其中一句是:"田书记叫我部代办放像机两台。"这里明明说的是"代",代办也好,代买也罢,总不可能是"代送"或"代贿"。更为重要的是,这句话之后明明白白用的是"句号"。这无疑表明这里说的内容已经完整,意思到此为止了。其中流露出有人让他写这个意在诬人以罪的条子,而张本人在这点上还有比那诬人者诚实的痕迹,相当明显。这个条子的第二句是"21英寸直角平面彩电一台,款未付"。所谓款未付,是指这台彩电,应无疑义。可是经过检察机关的深入侦查,有人举报田发欣受贿一台彩电,拒不付款一节,毫无事实根据,故未列人本案起诉书。这就充分证明,这个条子中的"款未付",出之于恶意的伪造,它除能反衬上述第一个条子的真实性之外,没有任何证明力。

除此之外,我们还想说明:如果张华明写给田发欣的那个条子也是出之于事后的伪造,那么,其中的价款写明两台共3 600元不是更能达到伪造的目的吗?为什么还要留下一个尾巴呢?其为真实,毫无疑义,绝非伪造,应能认定。

第三,第二台单放机,被告人一再供述,是由于它的质量低劣,无人愿要,故曾多次要求张华明取回自销,只是由于张华明的迟延推拖而未退出。单放机已被扣押,一经技术鉴定,便能证明这个陈述是可信的。

总之，我们断言这项指控不能成立，有据可证，绝非空言主张。其实，检察机关对于这个罪名的认定自己也因根据不足而没有把握，没有认定张华明犯行贿罪并追究其责任便是证明。凡此种种，统请合议庭明鉴。

二、起诉书指控田发欣于1988年11月底"与张（华明）商定以本厂纯精短毛换购常州大客车一辆"，措词闪烁，语意不明。结合上下文，可能有张既已送田两台单放机，故能做成以车换毛的生意，从而构成了"利用职务上的方便"这一受贿罪的必备要件。

然而这个指控给人以"莫须有"的印象，根本不能成立。

第一，我们不得不指出，所谓"送"田单放机，出之于个别检察人员的主观判断。举例说，1991年7月11日，在搜集张华明的证言时，有人曾这样问张：田发欣给你发出精短毛"是不是因为你给他送了两台单放机，田不好开口说，才多发了1.5吨精短毛"？这段问话，见于证据卷33页。而事实上并没有"送"这一点，我们在上面已经作了说明，不作重复。

第二，以毛换车，以车换毛，这本身都不符合实际情况，起诉书含混其辞，说是"换购"。以毛"换购"车，只能理解为卖出毛尔后购回车，重点仍在"购"上。作为厂的主要负责人，因厂子的需要而寻求购车的途径，试问这何罪之有？

第三，卖毛购车，是田发欣的提议，但此后的一切业务活动直至最后决定，是按照厂里制度，由厂长及有关人员集体商定的。在这一方面，甚至连举报田发欣有重大问题的章易轩都证明与田发欣没有一点关系，这有他1990年11月23日的证言可以证明，现在怎么可以把厂子里的正常业务活动视之为厂党委书记的罪行呢？

第四，起诉书中的"以本厂5吨精短毛换购，……实发精短毛6548.4公斤。"意在说明多发毛约1.5吨，应视为田发欣的"罪行"。可是，多发、少发、如何发，有据可查的是，都与田发欣无关，

是厂里销售科的业务活动。重要的是，当时之所以多发出 1.5 吨，完全是由于集装箱运输的需要，稍微了解实情的人，对此都不会误解。由此可见，这条指控与实际根本不搭界，纯属主观臆断，应请否定。

第五，作为律师，我们还要指出，在这笔交易中，卖车的一方下欠新疆毛纺厂 5 万余元，应通过合法途径立即追回，以挽回新毛厂不应有的损失。而在过去之所以未能追回，恰恰是本案中的重要人证章易轩从张华明那里得了 2 万元的“好处”，中饱私囊，所引出的恶果。章在这个问题上，明显的是恶人先告状，这从他对马应潮私下的自供中可以得到印证。马的材料在卷一的首页，不难查清。这一层，对于研究全案的事实、判断案中涉及的情节的性质，都至关重要。

三、起诉书指控田发欣以“发奖金”为名，向南通施工队索要现金 2 500 元，将其中 2 000 元据为己有。经查指控不实，这里有四个问题：

1. 给有关同志发奖金，是厂里在基建开工之初定下的。受奖者是确有贡献的同志。基建工作由田发欣负责，主持此事应属分内的正常管理活动。

2. 要求施工队支付奖金，属于请求赞助的性质，与利用职权受贿是两回事，不能混淆，不可并论。

3. 所谓“以发奖金为名”，不对，应为以发奖金为“实”。事实上奖金已经发放，只是由于形势突生变化，被告人担心有人利用拿到的奖金作别的用途，故而中断。余款未及发出，不能因此断定为“据为己有”。

4. 上级组织问及此事，被告人即将余款上交，同时说明了原委，并不隐瞒实情，上级已经作了处置。

弄清了以上几个基本点，我们只能得出这样的结论：从廉政的角度考虑，被告人的这个做法不论其动机如何善良，都是应当批评

的，因为他无助于端正党风，无助于严肃政纪和工作纪律，也无助于用更为正确的方法去提高人们的积极性；但是，它同犯罪毕竟有着原则上的区别。指控受贿，更因其缺乏这类犯罪所必须具备的构成要件而不能成立。

四、起诉书指控说，被告人要求与新疆毛纺厂有技术协作关系的金星毛纺织厂“优惠购买”家具，欠款1 100元至今未付。这个指控，给人以罗织罪状的印象，因为：

第一，金星厂是田发欣等人发动新毛厂的整体力量扶植起来的。金星厂为此而付给新毛厂不少同志一定数额的合理奖金，但田发欣并不收受，这都有证可查。

第二，起诉书说，被告人“向该厂提出优惠购买几件家具”。令人不解的是，既然是“购买”，即使价格有所“优惠”，这同受贿有什么关系？今天法庭宣读的证言充分证明，田当时要付款，而厂家不收，那么这与索贿又有什么关系？

第三，起诉书说：“款至今未付”。价款应付而未付，应由债权人提起给付之诉，由民事审判庭根据民法通则予以审理，公诉机关怎么可以任意地把民事法律关系硬往刑事犯罪方面靠拢，要加罪于被告人？这类指控，不符合人民检察院组织法关于检察院职责的规定，理应予以否定。

五、起诉书指控被告人从崔建中手上分两次收了崔本人得到的回扣5 000元，此事被告人从不否认，而且早就全部退回崔建中。我们认为，被告身为党委书记，转收他人得到的回扣，违反了纪律，是党性不纯的表现。可是，被告人已经在两高《通告》的限期以前，彻底地纠正了这个错误，那就应该根据自治区人民政府1990年11月通知要求工作人员自查自究行业不正之风中的政策精神慎重对待，而不能任意混淆罪与非罪的原则界限，伤害同志。

与此相似的一条指控是，被告人得知哈密有毛销售的信息，决定买回20余吨，从中得到“信息费”200元。经查情况大体上属

实,但是,考虑这些问题,必须结合当时的背景与环境。时值"羊毛大战",新毛厂明确宣布,能够买到毛的可分别情况发给"信息费"或其他劳务费。田发欣作为厂中成员,按此规定办事,如有错误,也是厂方制度上的问题,而不可以因此单单惩办田发欣一人,并且要绳之以刑法!如果说因为被告人是党委书记,人们按照党的标准要求一个党员廉洁奉公,否则,就会有愧于共产党人的称号,我们当然衷心拥护。不过这是另一回事,不是本案的核心问题,也请法庭明察。

六、起诉书分四项列举被告人由亲友垫款购置衣物、首饰,合计约值4 000余元。对于这类问题,最高人民法院、最高人民检察院1989年11月6日发布的《关于执行〈关于惩治贪污罪、贿赂罪的补充规定〉若干问题的解答的通知》中,明白无误地规定:"单纯亲友关系,为请托人办事,从中收受财物的,不应以受贿论处。"请注意"为请托人办事",尚且不应以受贿论处,更何况田发欣并没有"为请托人办事"的问题。再请注意:两高规定中讲的是"从中收受财物",可起诉书明明讲的是有关的人为被告人"垫付了款","此款至今未付"。两高规定的是"收受关系",起诉书说的是"债务关系",收受都不认为是受贿,就按起诉书所说的是一种债务关系,这与刑事犯罪岂不是风马牛,怎么连得上呢?真是欲加之罪,何患无词!我们对这个问题实无必要多作申辩。

综合以上几点,我们对起诉书持否定态度符合实际,有法可依,至盼合议庭严以执法,宣告被告人无罪!

我们的辩护词本应到此暂告结束,可是,律师作为法律工作者,对于与本案有关的其他法律问题,也不得不发表自己的见解,这主要是:

第一,从案中已经察知,章易轩的经济犯罪相当严重,法庭应当遵照最高人民法院的有关指示认真追查。

第二,案中的有关企业,至今尚欠新毛厂货款达五六万元,法

庭应当通过有关渠道，责令新毛厂如数追讨，不使有人借田案而浑水摸鱼！

第三，案中涉及的诬告陷害和伪证问题甚多，有的情节相当严重，已触犯刑律，应依据法律规定，区别情况，分别追究。

第四，公诉人方才在公诉词中说，今天“庭审阶段程序合法”。我们不得不指出，这并不完全符合实际。在庭审调查阶段，法庭并没有按照《刑事诉讼法》第一百一十六条的规定，就证言的真实性问题征求辩护人的意见，甚至在我们表示疑义希望法庭给予机会说明对证言的疑问时，法庭竟然剥夺了我们的诉讼权利，这涉及执法是否严肃、严格的原则问题，故不能同意公诉人的上述判断。

总结以上辩护要点，我们请求合议庭秉公判处，真正做到不枉不纵。考虑到本案的具体情况，考虑到被告人几十年来的劳绩、政绩，同时恳请法庭在判决宣告之先，对一个确无罪过的被告人予以释放，以维护当事人的合法权益，以维护国家法律的正确实施。

1991年10月17日

注：田案与李向春律师合办。

诉 讼 文 书

起诉书(摘要)

被告人田发欣受贿一案,经本院侦查终结并审查起诉,现查明:

一、1988 年 5 月底,常州市南方工业品经销部经理张华明等人与田商谈购羊毛等事,未成。同年 6 月 16 日,张等二人再次来疆,送田“富奈牌”1000 型单放机两台,价值 3400 元。1988 年 11 月底,田发欣带本厂采购员章易轩到张住处,与张商定以本厂 5 吨精短毛换购常州大客车一辆,并委派章易轩经办此事。

二、1989 年 5 月,田发欣以向自治区纺织局基建处有关人员发奖金为名,指派本厂王兆辉、魏振德向正在该厂维修施工的江苏省南通县潮平建筑站 102 工程队索要现金 2 500 元,5 月 16 日魏将款交给田,田将其中 500 元给有关人员发了“奖金”,余 2 000 元被田据为己有。

三、1988年冬,田发欣见新毛厂与金星纺织厂有着技术协作关系,便向该厂提出优惠购买几件家具。后为田作七件组合沙发一套及席梦思床一床,共计价值 1 200 元。款至今未付。

四、1988 年 6 月,自治区财政厅科研所干部崔建中(另案处理)请田为崔的老乡马丁批毛布,田同意,并让担任厂供销科副科长的妻子办理。崔从马丁处拿到回扣款后,分两次付给田 5 000 元。1989 年 10 月,马丁因上级主管部门追查此事,找崔讨回扣款,田发欣怕引火烧身,分两次将 5 000 元退崔。

五、1988 年 7 月,厂人事科职工谢力拜搭乘田发欣的便车去打金

镯子。田便数次向谢力拜的丈夫提出也给自己打一只。8月初,将一只重36克的金镯子送给田发欣,价值2 550元,此款至今未付。

六、1988年12月24日,田发欣让谢力拜夫妇等人搭乘他的便车到乌鲁木齐买茄克。在谢等人试穿衣服时,田穿了一件男式双美皮茄克,让谢为其垫付了皮茄克款317.40元。此后田再未给谢夫妇付款。

七、1990年8月,田发欣得知阿不来提到河南省制革公司加工服装,便让阿为其带回长大衣式皮茄克一件,价值700余元,田至今未付此款。

八、1988年7月,被告人田发欣经杜强介绍,得知哈密农垦管理局要销售一批毛,便决定购买并与杜等人商定:毛买回后,按每公斤0.50元给杜等人"消息费"。同年8月,田让原料科将20余吨毛从哈密买回,9月14日,杜强等人前来领取"信息费",新毛厂按每公斤0.40元共付给杜等人"信息费"8 000元。杜让田的驾驶员给田送去"信息费"200元。

九、1989年8月9日,田发欣受熟人之托为个体户陈志明批条购毛布2000米,后田到陈志明个体摊处,接受陈送的女式毛料大衣两件,共计价值520元。

上述事实,有物证、书证、证人证言及被告人供述与辩解为证。

本院认为:被告人田发欣在任新疆毛纺织厂党委书记期间,利用其职权与职务有关的便利条件,接受、索取与本单位有业务关系的单位及个人款物,共计15 700余元,数额巨大,其行为已构成受贿罪。根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百条之规定,特提起公诉,请依法惩处。

法院刑事判决书(摘要)

被告人:田发欣,男,汉族,现年五十七岁,原系新疆毛纺厂党

委书记。

被告人田发欣受贿一案，由检察院向本院提起公诉，本院依法组成合议庭公开进行了审理，经庭审查明：

1988年5月，被告人田发欣通过江苏省常州市电视台的富黎明认识了常州市南方工业经销部经理张华明及常州毛涤厂钱卫平等人，商谈了购买羊毛等事，未成。同年6月16日，张、富二人再次来疆，送给田发欣“富奈牌”1000型放像机两台，价值3 400元。1988年11月被告人田发欣带本厂采购员章易轩到张华明住处，与张商定以本厂5吨精短毛换购常州大客车一辆。同年12月，新疆毛纺厂给南方工业经销部发精短毛6 548.4公斤，多发了1 548.4公斤，张卖毛得124 419.60元，张以65 414.06元购常州大客车一辆发给了新疆毛纺厂。

1988年6月，自治区财政厅科研所干部崔建中(另案处理)请田为其老乡马丁批毛布，对田讲：事成后对方要给回扣费。田同意，并让担任厂供销科副科长的妻子徐玉英办理。马丁通过徐玉英购得毛布5 962.3米。崔建中先后从马丁处拿回扣费15 000元，给被告田发欣5 000元。1988年10月，马丁因上级主管部门追查此事，找崔讨要回扣款，崔建中找田联系后，被告田发欣分两次退回5 000元，给了崔建中。

1988年12月24日，被告人田发欣让本厂职工谢力拜夫妇等人搭乘他的便车到乌鲁木齐购买皮茄克。在谢等人试穿衣服时，被告田发欣也穿了一件，让谢为其付了款。

1988年7月，被告人田发欣经自治区财政厅干部杜强的介绍，得知哈密农垦管理局商业处要销售一批毛，便决定购买，并与杜商定毛买回后，按每公斤0.50元给“信息费”。同年8月，田让原料科将20吨羊毛购回。9月14日，杜强等人前来领取“信息费”，新毛厂按每公斤0.40元共给杜等人“信息费”8 000元。数日后，杜强等人让田的驾驶员给田送去“信息费”200元。

1988年8月，被告人田发欣为乌鲁木齐市服装个体户陈志明批购毛布2 000米，事后向陈志明索要女式毛布大衣两件，价值520元。

上述事实有物证、书证、证人证言及被告人供述与辩解为证。

本院认为：被告人田发欣身为新疆毛纺厂党委书记，置国家法律与不顾，利用职务之便为他人谋取利益，以回扣、"信息费"等名义接收、索要他人财物和现金，数额达9 400余元。其行为已构成受贿罪。依据《中华人民共和国刑法》第一百八十五条第一款、第六十条及全国人大常委会《关于惩治贪污罪、贿赂罪的补充规定》第四条第一款、第三款、第十二条之规定，经本院审判委员会讨论判决如下：

被告人田发欣犯受贿罪，处有期徒刑四年。

1991年10月20日

检察院抗诉书(摘要)

回族自治州中级人民法院

被告人田发欣，男，五十七岁，汉族，原新疆毛纺厂党委书记。

田发欣受贿案，我院提起公诉，市法院经审理，认定田发欣"利用职务之便为他人谋求利益，……索要他人财物和现金，数额达9 400余元，其行为已构成受贿罪"。判处田发欣有期徒刑四年。

经审查，我院认为，该判决对起诉书指控的第二、三、五、七起犯罪事实未予认定，没有任何事实及法律依据，致使适用法条有误，量刑不当。在上列四起事实中：1.田发欣身为党委书记，身份符合受贿罪的主体构成要件。2.田利用其身份向本单位工人或与本单位有经济往来的单位索要钱物，其行为符合受贿罪中的客观构成要件。3.索要钱物的数额符合相关的规定。4.第三起事实，

即向金星毛纺厂提出优惠购买价值 1 100 元的沙发和床，是一种掩盖受贿的手段，应认定为犯罪。5. 田发欣向本厂工人谢力拜夫妇索要金镯子一只、长短皮茄克各一件，判决书认定一件短皮茄克，属于受贿，否定金镯子和长皮茄克，与法相悖。

综上，我院认为，上列四项事实，符合受贿罪的构成要件，应依法认定为受贿罪，田发欣受贿 15 700 元，应判处五年以上有期徒刑。市人民法院否定四起犯罪事实，既无事实根据，也无法律依据，判处田发欣有期徒刑四年，量刑不当。本院根据《刑事诉讼法》第一百三十条的规定，特向你院提出抗诉，请审查纠正。

1991 年 10 月 31 日

张伟权“受贿案”

案 情 简 介

张伟权，广东珠海市友谊公司经理。

1991年，案外人程明海租得友谊公司的房产后转租给案外人舒宏璋。不久，程、舒为租赁事涉讼，张伟权从中说了公道话，因此赢得舒的好感，有意“交这个朋友”，在屡屡送礼被拒之后，又想赠彩色电视机。张表示：“如留下，就付钱。”事后两次付款，因未相见而未能实现。

1993年9月，案外人林松波租得友谊商店的空地作为铺位。一个月后，张为筹办女儿婚事而向林分三次借款四万元，写有借据，并有三人的证词。

检察机关认定张伟权的上述“留机”、“借款”行为，应为“利用职务之便，收受贿赂”，构成犯罪，应予惩处。逮捕张伟权后，张案即成为珠海市的“反贪”首要战果。案经一审，以“受贿罪”判处张伟权有期徒刑十年。

张不服上诉。

二审律师经过充分的调查取证，认为上述指控完全不能成立。二审合议庭破例开庭审理，并按被告律师的请求传唤证人多人到庭作证。

二审否定了受贿彩电的指控，但又认为借林某四万元之说的理由不能成立，故仍维持“受贿罪”的定性，改判张伟权有期徒刑三年，缓刑三年。张伟权已依法申诉，至今尚未获得结论。

辩 护 词

二审辩护词

审判长，审判员：

二审合议庭就张伟权受贿案进行的严肃认真的法庭调查，无可置疑地证明：香洲区人民法院在审理张案中，由于没能根据《刑事诉讼法》和最高法院《关于审理刑事案件程序的具体规定》，既不通知证人出庭作证，进行质证，又不对证据作最起码的调查，甚至对辩护律师提交的重要证据材料也不当庭查核，程序上的违法最终导致了实体上的失误。客观地结合今天庭审调查的情况考察一审判决，可以断言：判决被告人张伟权犯有受贿罪，无论在事实上还是在法律上都不能成立。

先来考察一审判决涉及的“事实”——

关于第一项：一审判定，案外人舒宏璋“为了能继续经营歌舞厅，……专门购买了一台彩色电视机，送给了被告人张伟权”。判决书就此下了个意味深长的断语：“张伟权收受电视机虽不排除其他因素，但（他）利用职务之便收受贿赂是显而易见的。”

庭审调查证明，上述判决不符合实际：

第一，舒宏璋夫妇有意赠送张伟权一台电视机，虽属实情，但张本人事先一无所知。舒来赠“机”，遭张拒绝，并以无法搬走为借口，恳求张暂且留下，张才表示：“留下，就付钱。”这个过程，这些情节，有舒宏璋、胡献春的证言可证，这从当时舒将货物发票给张过目，张记下货款数额这个细节中，可以推断张的“留机付钱”的供述是真实的。在这一相当重要的情节上，证人证言与被告人的供述

既然完全一致,应当认为这两种证据都是可信的。据此,所谓“送给了被告人”电视机的说法,违背实际,不能成立。

第二,那么,张伟权付款没有呢?一审判决对这一点取舍混态度,作了回避。事实是:张伟权两次到舒氏夫妇工作地点付钱,因未相见而未得实现。这个情节,被告人的供述与证人证言同样一致,应予采信,自无疑义。

上述两点事实证明:舒氏夫妇有心“送”,但张伟权并无意“收”;一方欲赠,一方执意付款,并且采取了行动,这与“贿”根本不搭界,指控不能成立,一审判决确有错误。

第三,一审将舒赠“机”的目的断成“为了继续经营歌舞厅”,如此认定给人以“莫须有”的印象。判决书还说:“经审理查明:舒宏璋在没有征得友谊公司同意的情况下,私自从程明海处转租得友谊公司的房产作经营歌舞厅之用。”这就颠倒了舒宏璋—程明海—友谊公司三者之间在经营歌厅问题上的关系。实际情况是:程明海是与友谊公司签约承租,尔后转租给舒宏璋;舒与友谊公司自始没有发生任何民事法律关系。后来,程、舒之间因纠纷诉诸法院,张对此事说了公道话,于是赢得舒氏夫妇的好感,有了想交这个朋友的愿望,于多次送礼被拒之后,有了赠台彩电的念头。这个目的性,证词中表述得入情入理,符合实际。一审判词,主观臆断,理应否定。在这里有必要着重说明:无论在赠“机”之前或以后,被告人从来没有为舒氏夫妇谋取任何利益。程、舒讼事,判决有利于哪方,都与张伟权无关。一审对此,疏于考察,应请纠正。

第四,一审判决分明肯定张伟权收留电视机还“不排除其他因素”,对“其他因素”并不实指明示,却依然得出了“收受贿赂显而易见”的结论。也许一审不想肯定那个“其他因素”正是上面所说的允许留物、承诺按价付款的情节;可是,既然明知还有不能排除的其他因素,为什么还硬说是受贿显而易见呢?试问“显”在何处了呢?这种连形式逻辑都弃之不顾的做法,导致了加人以罪的恶

果,这是不敢苟同、不能接受的。

总之,判定张伟权受贿彩电,歪曲了真相,违背了客观真实原则,恳请二审予以纠正。

以上是关于第一项事实的辩正。

关于第二项,一审判定:"林松波租赁了友谊商店的空地作临时铺位经营后,为了感谢张伟权及希望以后多关照,先后送了张 4 万元……。被告人将受贿 4 万元说成是借款,其理由是不充分的。"

这里的认定同样不符合实际,判词中列举的理由也是站不住的——

第一,借林松波的 4 万元,有借据三张为证;经鉴定,借据是被告人亲笔书写。

第二,罗大庸证:早在 1993 年年末就听被告女儿张芳说过,为操办婚事,其父借款 4 万元,并给罗看了三张借据,意在表明父母对婚事由反对到赞同的可堪庆幸的情况。证人龚继斌在 1994 年年初,元旦假期初满,也在张芳处看到了三张借据。罗、龚两位证人方才当庭对三张借据的说明,从形式到内容,完全一致,其为真实,无可怀疑。

第三,据刘展群证:今年 3 月,他与被告人的妻子儿女同车到拱北,"接到一个人,他们叫他波仔(即林松波),……在车上,张伟权的儿子叫波仔同他母亲去什么院,交借条,波仔说:'张总说给我借条,但是我没收到,我不能跟你们去。'"

这份证词,说明林松波本人在被告人关押以前就已知张写了借条并准备给他,只是当时还没有收到而已。至于林松波为什么"不能去",检察院未能如实说明情况,从他目前躲躲闪闪不愿出庭作证的表现中,不难察知他那复杂的心态;只是由于未经质证,我们暂且不下断语。尽管如此,刘展群证言作为间接证据,因与其他证据互相参照绝无矛盾,故极有参照价值。

第四,张芳多次说明为什么被告将借据交她转付林松波,以

及一时没有交到的缘由。这些说明,与罗、龚的证词一致,与被告人的供述吻合,真实可信。

第五,虽然检察机关反复调查,没有证据证明三张借据写于被告人被指控有罪并被关押之后,没有证据证明三张借据出之于案发后所补或是伪造。这是铁的事实,无由推翻,应请明鉴。

上述种种证明着所谓“送给了……4 万元”,实质上是借到了 4 万元。把这中间的民事法律关系——借,解释成刑事法律关系——贿,是很不郑重的。其实,从案件的侦查到判决的全过程来看,控方对于被告人犯有“受贿罪”的认识,也未必是稳定的。一个非常明显的问题是:既已断定有人受贿 4 万元之巨,为什么可以容忍“行贿人”逍遥法外呢?难道我们的法网对有的人、某些事可以四面都“漏”吗?我无意建议法庭将借款人处以刑罚,那样做也是不正确的,只是借此来陈明问题的方方面面供合议庭参考而已。

下面该来回答判词中列举的各点“理由”了——

(一)判词说:“林松波否认被告人提到借款一事,始终明确表示是为了答谢被告人而送他的饮茶钱。”

请法庭允许我对此提出以下三个问题:

第一个:姑且不论“答谢”应有具体的由头和指向,退一步说,仅因张是经理要为“答谢”而送饮茶钱,那为何在一段不长的时间里连续送交,反复“答谢”,而在够了 4 万元之数后又突告终止?审判长,卷中记录着林松波与公诉人的一段对答,林把送钱答谢的理由解释为“做铺位赚了钱”,可是,租到铺位不到一个月,就说是“赚了钱”,应送 4 万元的贿赂,这合乎情理吗?显而易见,其中另有原因,这原因不正是张伟权提出借钱,他分几次凑足款数就告结束了吗?

第二个:判词中讲的林松波“始终明确表示是为了答谢而送给被告人的饮茶钱”,不符合实际情况。所谓“始终明确”,毫无根据。据检察院卷载,林在案发之初一连四次揭发张伟权向他“索贿”2 万元,并写有亲笔材料在卷。之后林松波被关押起来,供词突变,

说是分八九次给张送钱，可又一下子就说出了总数为4万元。试想，如不是对“4万”之数印象极深怎么可能脱口而出？这些事实，可看出林供经不起推敲，因其前后互相矛盾而谈不上“始终”明确。在我看来，林的供述，许多疑点既不能排除，空口否定借款，自然不能成立。

第三个：如前所说，张借钱有三张借条可证。一审否定是“借”，靠林松波孤证；认定为“贿”，也靠林的孤证。我们要问：怎么可以用孤证定案呢？最高法院1994年第四号文件的第四十三条明确规定：“证人证言，必须……经过查实以后才能作为定案的根据。”孤证谈不上属实，当然不具有证明的效力。

以上，是对判词提出的第一个问题的回答。

（二）判决书说：“被告人的供述与其女儿的陈述始终存在矛盾，不能证实事情经过。”

我对此持有异议。这里的“始终存在矛盾”之说很不准确，不符合实际。

张芳证言的确曾经出现过不稳定性。为了澄清事实，有必要指出：证人证言作为一种诉讼证据具有一定的特殊性，表现为证言从形式到内容都极易受到诸如本身的心理素质的影响，而导致证言在客观真实这个关键之点上发生偏差。法律对证言有它严格的要求，原因正在这里。前引的最高法院1994年第四号文件的第四十五条还规定：“严禁以非法的方法搜集证据，凡经查证属实采取刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法取得的证人证言，……不能作为证据使用。”庭审调查中的情况充分证明：本案的取证过程没有执行最高法院的这条规定。我们出于对控方的尊重，对此不再展开，但期待二审对有关机关搜集得来并提交法庭的证言，包括张芳证言，给予审慎的分析，依法作出准确的判断。

审判长，对于张芳证言，我还要着重指出，它在主要之点上与被告人的供述是吻合的，达到了基本的一致。诸位法官当能赞同

这样的观点:在某种极不正常的条件下所作的完全不符合实际的证词,应允许当庭更正。关键在于更正之后的证言有无旁证予以证实。如前所陈,张芳证言确有其他证据证明,她在被告人被关押以后又绝无串证的可能,因而他们之间的互相一致分别作出的陈述,没有理由不予采信。

这是对判词提出的第二个问题的回答。

(三)判决书说:"被告人一直均未供认过借款一事。"这可真是令人费解的断定。既然被告人一直没有提过、供过借款情节,那一定是另有人认过、证过借款的事实,否则判词对借款一节详予批驳,岂不是无的放矢?我们与一审有一点共识,即借款一事是本案中至关重要的情节。因此,我将顺着一审的思路与判定,提出我的判断与见解,为被告人辩——

诚然,被告人在被捕之初没说过借款的情况,但问题在于:早说、晚说甚至最终也不肯说,能不能据此时间概念而否定借款本身这个事实?什么时候提,同事实的存在或者说有无,有什么关系?这一层,同借条在谁手上,由谁持有,都不会否定借条本身的客观存在是一个道理。依据法律要求,甚至可以这样认为:被告人即使坚持有罪,但证据证明他的确无罪,不是也应依法凭借证据宣告他无罪吗?

有人会提出质疑:既是借,为何在被指控之初不向检察部门提出?此问看似有理,但是诸位法官的经验一定能作出这样的合理解释,就是:被告人的心理状态在诉讼进程中往往千变万化,颇为复杂,他们思考问题的角度更会有异于常人,有别于常规。因此,不论他的供述多么矛盾,出现过多少次反复,只要最终与其他证据互相一致,符合实际,就仍应把"辩解"作为证据予以采用,而不能因其当初的不实就一律武断地加以否定,道理也在这里。为了说明这个论断,我想举出历史事实作为参照,也许不是多余的——

我们不少革命志士、忠诚的革命家,也会在特殊条件下,受其

心理上的、意志上的因素的制约，或在政治上承认自己是汉奸、特务、走资派，或者在经济上供认自己是犯有贪污罪的"大老虎"，总之是自辱为"牛鬼蛇神"，一时也不根据本人的革命实践提供出历史的真实。因其有自辱性的自认而不顾事实真相，在国际共运历史的有些篇章上闪现过血迹！我们中国共产党员从苏维埃时期直到十一届三中全会以前，也有着多少惨痛的教训！难道不该正视这些事实，并从中引出正确的结论？诸位法官，正如不能把简单的讼事人为地搞得复杂起来一样，也不应该把复杂的法律现象去依人的主观意志使之简单化；两者都会背离实际，都能导致错误。

现在，试把以上的观点加以归纳，可得出如下的结论：张伟权开始给林松波的4万元借条三张，是一个真实的客观存在，不论出现什么样的外在因素或某种难测情况，都无法推倒，这正是我们判断被告人行为的根本出发点和归宿。

以上，从事物的正反两个方面，分大小十个问题，就案中证据作出了分析判断，辨明了事实真相，同时对一审判决的失误和判词中的问题提出了辩护律师的见解，统请合议庭严予审查。

审判长：在说明了事实真相，论证了被告人的行为不涉及犯罪之后，一审判决的法律适用就成了无源之水，失去了实际意义。只是为了把问题摆得更透彻些，更全面些，下面将按照一审判决书的论断逻辑，对它涉及的法律问题，作一番考察，进一步地从法律上论证被告人的行为构不成犯罪——

（一）两高1985年7月《关于当前办理经济犯罪案件中具体应用法律的若干问题的解答（试行）》中明确指出："在经济活动中为他人谋取利益，以酬谢费、手续费、提成、回扣等各种名义收受财物的行为，是否构成受贿罪要作具体分析，区分不同情况"，要"把利用职务上的便利与未利用职务上的便利区别开来，……没有利用职务上的便利，……以'酬谢费'等名义索取、收留财物的，不应认定受贿罪"。这就是众所周知的二要件：利用职务之便和为他人

谋利益。两高1989年11月6日发出的司法解释中又有进一步的相应的规定。法院判案，理应遵循而不该违反。至于判断被告人的行为是否符合上述两个要件，依据都只能是事实，只能是经过查证核实的事实，决不能凭借怀疑或者臆测。如前所陈，证据证实被告人的行为既没有利用职务之便，更未为他人谋利益，断为受贿，于法无据。

（二）从法的角度分析，所谓利用职务之便，其内容可以有多种，而按照一审的观点，显然是指被告人直接利用职权为行贿人谋了利益这一种。按这种利用职务之便，其表现形式无非有三种，即：第一，积极履行职责为他人谋利益；第二，放弃职守，去为他人谋利益；第三，采用不正当手段通过履行职责为他人谋利益。通过今天的法庭调查，充分证明被告人的案中行为全然不符合这三种情况。合议庭必能明察，被告人的全部行为没有哪一点是利用了职务之便、为他人谋了什么利益！我想重复地说：利用职务之便作为受贿罪的客观要件，无疑是该罪得以成立的前提，刑法把它列人第八章渎职罪中，反映着该罪的本质特征是其渎职性，抽去"利用职务之便"，谈不上渎职，从而也就失去了构成这种犯罪的客观要件。一审判决公然与法相悖，实在太过武断了！

法庭当然明确，受贿罪的主观方面只能是直接故意，它包括认识和目的这两个方面的内容。在认识方面，受贿人应认识到收取贿赂与为人谋利之间具有交换的性质，这种交换侵犯着机关、企业、团体的正常管理活动。在目的方面，受贿人的行为应具有双重目的，一是取得财物，一是为人谋利，二者缺一不可。否则，就不可能完成受贿罪的客观方面的两个要件、两种行为，从而也就构不成受贿罪。

本案被告人的行为不具有受贿的故意，上已说明，毋庸置疑，不作复述。

鉴于一审判决的内容，联系今天法庭调查的实际，还不得不提

出：对于利用职务之便这个要件，不可以随心所欲地扩大解释；认为只要是国家工作人员而又收留了他人的财物，不管是否利用职务之便，不管有没有不能"排除的其他因素"，都应断为受贿，绳之以法，这是对法律规定和两高司法解释的背离，是适用法律上的原则性错误，理应得到纠正。

诸位法官：我们对案件涉及的法律问题作出的分析，无可辩驳地证明被告人的案中行为没有社会危害性，对于没有社会危害性的行为怎么可以盲目加罪？这是法律常识，是全球公认的刑法学观点，对此绝不可以依某些人的主观意念或其他外在因素的需要而有所改变。法律是极其严肃的，它反映着、代表着全国人民的意志，因而在执行上没有理由不取郑重的严肃的态度！

这些观点的正确性，在司法实践中有典型案例印证。在全国很有影响的湖北厉复兴受贿案，被告人作为建筑公司总经理，将一项很大的工程项目转包给郑某的企业，郑四次给厉送去数万元巨款。一审判决厉复兴犯"受贿罪"，二审以厉的行为没有利用职务之便，没有为郑某谋利益，其行为有利于生产力的发展等等理由，撤销了一审判决，宣告厉复兴无罪。案例刊于最高法院机关刊物《人民司法》1993年第七期，对于司法实践应有普遍的借鉴作用。

审判长：法庭调查还表明：被告一生廉洁奉公，忠于职守，政绩显著，从不收礼、受贿，企业职工视之为楷模，联名上书申请保释。凡此种种，对于衡量其行为的性质具有参考价值，也在情与理之中。诸位法官，对于这样的一位干部，实不该用一些似是而非的理由加诸罪名，把一个十分得力的积极力量演变为消极的因素。基于这个考虑，谨郑重建议宣告张伟权无罪，并在判决确定之先，予以释放。

请予审查，并祈采纳。

1994年11月15日

诉讼文书

区人民检察院起诉书(摘要)

被告人:张伟权,原珠海市友谊公司经理。

被告人受贿一案,经珠海市检察院侦查终结,交由本院审查起诉,现查明犯罪事实如下:

1991年11月,南昌市泸力电焊机厂的舒某,在未经友谊公司同意的情况下,私自从程某处租用友谊公司的房产经营歌舞厅,舒为了能继续经营,将一台乐声牌丽音彩色电视机(价11 500元)送给张伟权。

1993年9月至11月,个体户林某,在租赁友谊商店临时铺位作经营期间,先后多次收受林某贿赂4万元。(引者注:原文如此。)

以上犯罪事实,有证言、书证若干证实,证据确实、充分。

本院认为,被告人利用职务之便,收受贿赂达5万余元,其行为已构成受贿罪。案发后,就坦白交代,积极退赃,有悔改表现,可酌情从轻定罪。

特提起公诉,请依法惩处。

1994年7月8日

区人民法院判决书(摘要)

公诉机关指控张伟权利用职务之便收受舒某的彩电一台,收受林某贿赂的4万元,已构成受贿罪。

被告人否认犯有受贿罪。律师辩称,收受彩电没有利用职务之便,收受的 4 万元是借款,不构成犯罪。

经审理查明:舒某未经友谊公司同意,私从程某处转租友谊公司房产经营歌舞厅,为继续经营,送张一台彩电。

林某租赁友谊商店的空地作临时铺位经营,为谢张,并希望关照,先后送张 4 万元。被告人供认了以上事实,并有证言及书证等证实。张伟权收受彩电虽不排除其他因素,但他握有舒某能否续营的权力,舒也是为此而行贿,利用职务之便收受贿赂显见。被告人将受贿 4 万元说成借款,理由不充分。首先,借据未在借款人手中;其次,林某一直否认提到借款,明确表示是送的“饮茶”钱;再者,被告供述与他女儿的陈述存在矛盾;最后,被告人一直未供认过借款一事。被告人的否认与客观事实不符。

张伟权利用职务和工作之便,非法收受贿赂,构成受贿罪。被告及其律师的辩护意见理由不成立,不予采纳。判决:

张伟权犯受贿罪,处有期徒刑十年,剥夺政治权利三年。

1994 年 9 月 20 日

中级人民法院判决书(摘要)

原审判决认定,1994 年舒某为了能继续经营歌舞厅,送给被告人张伟权一台乐声牌彩电。1993 年 9 月至 11 月,林某租赁友谊公司拱让空地作临时铺位后,为了感谢张,送他 4 万元,构成受贿罪,判处有期徒刑十年。张不服上诉,提出收受彩电“没有利用职务之便”、收受林的 4 万元是借款。

经审理查明:林某租得上述的空地后,为了感谢张,多次到张家送给他 4 万元。上诉人说是借款,理由不成立,不予采纳。舒某送彩电,被张拒绝,舒以无法搬走为借口,恳请收下,张表示留下就

付钱，后张两次找舒付款，因未见而未实现，且没有为舒谋任何利益，不构成受贿罪的理由成立。

判决如下：

一、维持一审判决的定罪部分。

二、撤销一审判决中的量刑部分，改判张伟权有期徒刑三年，适用缓刑三年。

本判决为终审判决。

1995年3月11日

余祖日"贪污、受贿"案

案情简介

余祖日,工人,因工作努力,成绩突出,廉洁奉公,群众爱戴,被选拔为中山市包装印刷工业集团公司总经理。在领导集体的共同努力下,把一个濒临绝境的企业发展成为驰名全国的优秀大型包装印刷企业。

1991年,在"承包"大潮推动下,经公司领导集体决定,先是将公司主要原材料统一交由所属的材料公司购买,所得利润上交集团公司解决职工福利问题。余祖日从中领取各种奖金共145000元,被定为贪污。

1992年,集团公司又决定将材料公司交由郑桂炳个人承包。郑于年终获利后,分别付给集团领导成员每人一份答谢费,表示感激。两年里,郑两次赠余祖日515000元。余被定受贿。

不久,集团公司发现郑桂炳有经济问题,乃依法举报。在"检查"过程中,集团公司各领导成员,包括余祖日,分别将上述疑款全部退出上交。

检察院认定为"贪污、受贿",提起公诉。

辩　护　词

一审辩护词

审判席：

互相辩论，各抒己见，是极其正常的情况。方才有的律师同行对我和我的同事进行了无端的指控，我将遵循职业要求，严格遵守职业道德，决不反唇相讥；但对于那些指控中所反映出的错误观点，诸如断言本案属于什么“共同犯罪”，因其言不及义，荒谬之极，而且直接关联着并有损于我的当事人的合法权益，故又不得不断然拒绝，并请合议庭予以关注，作出裁决。

审判长，我支持第一被告的首席辩护人郑军律师在他的辩护词中所表达的全部观点。我完全同意我的同事孙振科律师为余祖日被指控犯有“贪污、受贿罪”所作的辩护。他们列举的事实，有证可据；他们的观点，有法可依；他们的论证，无懈可击；因此他们分别得出的结论都有充分的说服力，应请合议庭严予审查，依法采纳。

我作如下的补充，进一步地为余祖日辩护：

一、本案起诉书的基本错误，除了在认定事实上缺乏客观性因而失真之外，还表现在以下两方面：第一，没有把握住“贪污罪、受贿罪”的法定构成要件，指控并未依法，很难成立；第二，没有从实质上研究余祖日的案中行为，只是单纯地就问题的某一点现象进行推断并据之以确定问题的性质，因而未能严肃执法，不可能做到不枉不纵。对此将在下面详予剖析，证明我们的观点正确。

二、遵循新刑法第十二条所明示的原则，即一般所说的“从旧兼从轻原则”，审查本案没有理由不沿用 1979 年刑法的条款；而依据 1979 年刑法，按照公诉人指控的逻辑，余祖日的案中行为分属“侵犯财产罪”和“渎职罪”的范畴。我的同事已经从事实上逐一陈

明余祖日的行为并未触犯刑律,我不再就"事实"发表意见,这里要补充的是:全面地、历史地来看,余祖日与本案其他被告人,同心协力,惨淡经营,兢兢业业,克己奉公,十年如一日,将一个破旧败落的小厂,发展为资产近十亿、在包装行业中居于全国领先地位的大型先进企业。职工证明:余祖日清正廉洁,从不贪占公有财物,更没有玩忽职守。研究他的这种一贯的表现,对于考察他的案中涉及的特定的行为,特别是对于衡量与确定那些行为的性质,至关重要。因为这是历史唯物主义的基本要求,相信法官对此会有深刻的理解与把握。

三、姑且不论起诉书援引修订的新刑法的第三百八十二条、三百八十五条确属适用法律不当,我的同事既已从事实上论证了余祖日的案中行为不涉及犯罪,起诉书的法律适用就成了无源之水,从根本上失去了意义;然而为了说明问题,我将按照起诉书的论断,对本案涉及的法律问题作出考察,更进一层地从法律上说明余祖日的行为构不成犯罪。

(一)先析"受贿罪"中的问题。

1. 据起诉书指控,余祖日将"材料公司"发包给郑桂炳,利润兑现后,郑将承包利润分给余作为答谢。关于这类情况,最高法院有个十分明确的司法解释,即:"以酬谢费等各种名义收受财物的行为,是否构成受贿罪要作具体分析,区别不同情况。……要把利用职务上的便利与未利用职务上的便利区别开来。"对于没有利用职务上的便利为他人谋利益的,即使收留了财物,也不应认定为受贿罪。这就是众所周知的二要件:利用职务之便和为他人谋利益(见最高法院 1985 年 7 月的司法解释)。

法庭调查证实,余祖日既没有利用职务之便,也未为他人谋什么利益,断为受贿,于法无据。

应当指出,所谓利用职务之便,是指行为人主观上存有为人谋私利的动机,由此出发,运用他职务上处置事务的权限,满足或达

到让他人得到私利的目的。其基本表现形式是:依靠、凭借职权收取他人财物。这与正常履行职务、行使职权的行为截然不同,不可以混淆。

2. 从法的角度分析,所谓"利用职务之便",其内容可以分多种,按照公诉人的观点,显然是指余祖日直接利用职权为行贿人谋了利益这一种。按这种"利用职务之便"无非有三种情况,即:第一,积极履行职责为他人谋利益;第二,放弃职守,为他人谋利益;第三,采用不当手段通过行使权力去为他人谋取利益。今天的庭审调查证明,余祖日的案中行为全然不符合这些情况。我要重复地说,"利用职务之便"作为受贿罪的客观要件,无疑是该罪得以成立的前提,1979 年刑法把它列入"渎职罪"中,反映着该罪的本质特征是它的渎职性。扼要地说,没有渎职,自然不发生"利用职务之便"的问题,而抽去了"利用职务之便"也就谈不上渎职。本案被告人余祖日正当地、正常地在职权范围内对企业的生产、经营进行操作,而又符合法律与政策,他作为总经理从不越权行事,他从没有以个人行为替代职务行为,总之,这与"利用职务之便"无疑是两类问题两码事,决不能相提并论。公诉人的指控明显地与法相悖,过于武断,不能成立!

3. 认真地考虑、分析了法庭调查中反映出来的情况,我们还不得不指出:"利用职务之便"在任何情况下都不可以随心所欲地作扩大解释,认为只要是国家工作人员而又收留了他人财物的,不管是否利用职务之便,就统统定为"受贿",绳之以刑法,这将是适用法律上的原则性错误,应能得到合议庭的纠正。

4. 法庭当然明确,受贿罪的主观方面只能是直接故意,包括认识方面和目的方面这两个内容。

在认识方面,受贿人应认识到收受贿赂与为人谋利之间具有权力与利益的互易、交换的性质,这种交换侵犯着企业的正常管理活动。庭审调查证明:余祖日不存在这方面的问题。而在目的方

面，受贿人的行为在主观上应有双重性：一个是为人谋利，一个是要取得财物，二者缺一不可。否则就不可能实现或完成受贿罪在客观方面的两个要件、两种行为，从而也就构不成受贿罪。据此衡量余祖日的行为不具有受贿的目的，也为庭审调查所证实，因而他主观上不存在受贿的故意，无可置辩。

5. 诚然，余祖日收受了他人的“财物”，但是，第一，法律要求的是“非法收受”；第二，按照最高法院的通行观点，所谓“非法收受他人财物”，是指“行为人允诺或者默许为人谋取利益，他人主动给予财物，行为人收受的行为”。关键在于允诺或默许为人谋利。细查余祖日的行为既无承诺，也无默许，因而不能构成受贿罪。（请参阅最高法院出版的《刑法的修改与适用》第788页）

6. 上述观点的正确性，在司法实践中有典型案例印证。在全国很有影响的湖北厉复兴受贿案，被告人作为建筑公司总经理，将一项很大的工程项目转包给郑某的企业，郑四次给厉送去数万元的巨款。一审判决厉犯有“受贿罪”。二审以厉的行为没有利用职务之便、没有为郑某谋利益、其行为有利于生产力的发展等理由撤销了一审判决，宣告厉复兴无罪。案例刊于最高法院的机关刊物《人民司法》，对于余祖日案应有借鉴作用。

以上是我们认为余祖日没犯“受贿罪”的基本观点。公诉人会说，余祖日、郑志明等人先后将有利可盈的材料公司发包给郑桂炳，岂不是“为他人谋利益”？事后又收受了郑桂炳给予的承包利润中的部分所得，岂不是受贿的典型表现？我们说：不对！当年大搞承包是响应中央号召搞活企业的重大举措，是企业的集体职务行为，决非任何个人的利用职权谋取私利。必须明确：实行承包，首先是“为企业谋利益”，其次才是政策要求的让承包人有钱可赚有利可图。如果把搞承包硬说成是“为他人谋利益”从而构成犯罪，那么，大搞承包的十年，国内的经济犯罪何止成千上万！那岂不是把“一包就灵”，变成了“一包就糟”？数以百万计的承包人将

因此而人人自危，试问这样的观点有什么法律上或政策上的依据？

最后还应补充说明：按照起诉书的指控，余祖日收受的贿金来自郑桂炳；可是，郑案早经审理待判，公诉人对郑案的指控并没有行贿余祖日等人这一项罪名，对此我们有理由提出质疑：既然不存在行贿问题，受贿之说又从何说起呢？我们质疑中包含的观点完全符合最高法院通过各种形式表达的见解，因而应能被合议庭接受。

诸位法官，我们的法律分析无可辩驳地证明：余祖日的案中行为没有社会危害性，而对于没有社会危害性的行为怎么可以盲目加罪呢？这涉及一条带有根本性的原则，也是全球公认的刑法学观点，决不可依某些人的主观意念恣意否定或任意改变。法律反映着、代表着人民的意志，我们在执法上没有理由不取郑重的、严肃的态度！

（二）再说“贪污罪”中的问题。

起诉书关于“贪污罪”的认定，我的同事孙律师有针对性地就其涉及的事实作出了辩正，进行了澄清，纠正了不实之词；在此基础上，对起诉书的基本观点作了否定性的评价，十分正确。我再补充一点，揭示控方曲解事实，加罪于人。

据起诉书，余祖日等人“私分”了下属公司上交的福利费；可是，庭审调查表明：第一，其间无“私”可言，领取这些福利费的，远不止四名被告人，而且是明着进行的公开行为，绝没有任何隐蔽的手段；第二，当事者都是按单据“领取”了各项奖金或福利金，把“领”歪曲为“分”，改变了事务的性质。我们说，作为执法机关，运用不准确的词语加罪于人，是极不郑重的。

审判长，为了着重说明余祖日领取“福利费”和“奖金”的行为构不成“贪污罪”，请允许我陈明当时的一系列的相关政策加以衡量，以正视听，以明究竟。其要点如下：

1．“承包经营责任制，是促进企业机制合理转化的重要路子，要……长期坚持下去。”

2．“要结合推广承包经营责任制，全面推行厂长（经理）负责制。”

3．“增强企业活力，是经济体制改革的中心环节。”

4．“可以多搞一些集体福利，……增强企业对职工的凝聚力。”

5．“随着福利的增加，要逐步建立企业风险基金，……做到既负盈又负亏。”

6．“（要）实行奖金随企业经济效益浮动的办法。”

7．“企业职工奖金由企业根据经营状况自行决定，国家只对企业征收超限额奖金税。”

8．“奖金税以企业为纳税义务人。”

以上八点，分别见于中央1989年的《关于经济体制改革的决定》、国务院1988年的《关于经济体制改革的总体方案》以及《国营企业奖金税暂行规定》。由此可见，起诉书所谓“巧立名目，进行私分”下属公司上交福利款的指控，完全违背了政策的规定，是十分错误的。退一步说，即使认为被告人所属的公司的奖金发放不能尽如人意，不完全合理，那也是企业内部的管理问题，仅仅涉及公司本身的财会制度和奖励制度如何改进的问题，与刑事犯罪毕竟毫无关系。

值得注意的是，起诉书在指控被告人犯有“受贿罪”时，以“承包”为前提；而在论及“贪污罪”时却又完全回避了承包这一应有之义，从而抹杀了余祖日所属的集团公司的大量福利中的绝大部分来自“承包”的材料公司，这又是为了什么呢？如果不能正确地回答这个问题，就不可避免地给人以欲加之罪而又随心所欲的印象。这对于执法来说，当然是不能允许的。

总而言之，断言余祖日犯有“贪污罪”的指控，同样地不能成立。

以上是第三个问题。

四、庭审调查证明：控方指控为罪的一些事实，不论是“私分

公款进行贪污”,还是收受郑桂炳的所谓“贿金”,都不限于本案四被告,而且包括了一些负责官员及其夫人。他们领取了“福利费”和“奖金”,得了郑桂炳的承包利润提成款,而对于这些人的这些行为,公诉机关又为什么不认为是犯罪而漠然视之呢?法律面前人人平等是宪法原则,怎么可以就同一事情对一部分人这样处置而对另一些人又那样对待呢?既然那些人的行为与罪无关,又凭着什么要追究余祖日等人的刑事责任呢?

有人会说,人家把收的、领的都退了,当然可以不再追究。这也不对,因为本案的被告人等也都退了,而且退得很主动,很彻底。不仅如此,本案的被告人还是举报郑桂炳经济犯罪的有功人员,他们凭着党性,凭着对人民的忠诚,及时地揭露了郑桂炳的经济犯罪。这就恰恰说明:他们没有以权谋私,没有意图贪污、受贿的主观故意,因而实在没有理由把他们推上被告席并要求绳之以法。这是一个极其严肃的问题,相信合议庭能够洞察案中的方方面面,做到不枉不纵,还余祖日一个公道。

五、具体地考察与研究具体问题,是我们应当坚持的基本观点,由此出发,具体分析,区别对待,又无疑是办理案件应当把握的基本方法。庭审调查已经证明:余祖日在包装集团公司中担负的职务同赋予他的权力有着并不完全协调的特点。他一度身为总经理,但却没有完全的权力指挥、管理整个的企业。尽管如此,他也没有辜负工人阶级的培育,长年累月辛勤工作,终于成长为一个工人阶级的优秀企业人才,以工人的身份兼任了一家集团公司的总经理,而且作出了巨大贡献。它的品质更是值得信赖的。他在工作上也会有失误与缺陷,但那都不能掩盖他的功绩,更不该被人为地扭曲为上升为刑事犯罪。审判长,我们郑重地请求合议庭宣告他无罪,尽早地恢复他的自由和工作,使其能以重振精神,再建功业!

诉讼文书

检察院起诉书(摘要)

被告人郑志明,男,原系中山市经济委员会副主任(1986年4月至1993年3月任中山市包装印刷工业集团公司总经理)。

被告人蔡少荣,男,原系中山市包装印刷工业集团公司党委书记。

被告人余祖日,男,五十五岁,广东省中山市人,文化程度初中,原系中山市包装印刷工业集团公司党委副书记(1990年8月至1993年3月任该公司副总经理,1993年3月至1994年9月任该公司总经理)。

被告人陈荣全,男,原系中山市包装印刷工业集团公司总经理(1986年3月至1994年9月任副总经理,1994年9月至被捕前任总经理)。

被告人郑志明、蔡少荣、余祖日、陈荣全贪污、受贿一案,由本院侦查终结并依法审查起诉,经依法审查表明:

1992年1月至1995年7月间,被告人郑志明、蔡少荣、余祖日、陈荣全利用职务之便,采取收取下属公司上交福利款不入账进行私分等手段贪污公款,并通过将集团公司属下的工业材料公司给郑桂炳(另案处理)承包,收受贿赂。

一、贪污犯罪事实。

1991年间,被告人郑志明在中山市包装印刷工业集团公司(下称集团公司)两委会(即党委会、管委会)上提出并经两委会决定,将集团公司的主要原材料统一由包装工业材料公司(下称材料

公司)购买,并允许材料公司在购进原材料价格上提高3—5%销售给集团公司,所获利润则上交给集团公司用于解决职工福利。1992年1月至1995年7月间,材料公司共向集团公司上交"福利费"768.575万元。其中422.810万元由集团公司财会科收取,入了集团公司"小金库"账,用于集团公司所有职工(包括集团公司领导)的奖金福利开支。其余345.765万元由被告人郑志明、蔡少荣、余祖日、陈荣全等人决定作不入账处理,一部分用于集团公司的会议费、接待、旅游等项目开支,另一部分则主要用于集团公司两委成员内巧立名目(如"年终奖"、"节日慰问"、"开门利是"、"挂历奖"等)进行私分。被告人郑志明分得136 500元,被告人蔡少荣分得191500元,被告人余祖日分得145 500元,被告人陈荣全分得165 500元。

二、受贿犯罪事实。

1992年底,被告人郑志明、蔡少荣、余祖日、陈荣全经商议后,同意郑桂炳提出的个人承包材料公司的要求,以此作为给郑桂炳"赚钱发达"的机会。1993年1月,在既没有向上级主管部门报告,也未对材料公司审计清算的情况下,被告人郑志明代表集团公司与郑桂炳签订了《承包协议》,该协议规定承包期间,材料公司所获利润4:6分成(郑桂炳个人占40%)。1993年底,第一年承包期满,上述被告人不经任何审计,仅凭郑桂炳自己所报核算结果即同意郑桂炳在工业材料公司提成"承包利润"125万元。郑桂炳为了感谢上述被告人,于1993年12月至1994年1月间,分别送给被告人郑志明15万元、被告人蔡少荣和余祖日各26.5万元、被告人陈荣全10万元。

1994年1月,被告人余祖日代表集团公司与郑桂炳续签《承包协议》。1994年12月,被告人余祖日、蔡少荣、陈荣全仍不经审计,即同意郑桂炳提成"承包利润"130万元。郑桂炳为了答谢领导们"关照",又分别送给被告人郑志明10万元,被告人蔡少荣和

余祖日各25万元,被告人陈荣全15万元。

案发后,被告人郑志明、蔡少荣、余祖日、陈荣全均退出了全部贪污、收受贿赂所获赃款。

上述犯罪事实清楚,证据确实、充分,足以认定。特提起公诉,请依法惩处。

1998年6月24日

市中级人民法院刑事判决书(摘要)

被告人:郑志明(下略)

辩护人:郑军、周德智,中山市中元律师事务所律师。

被告人:蔡少荣(下略)

辩护人:侯受汉、胡文坚,中山市茗洋律师事务所律师。

被告人:余祖日(下略)

辩护人:张思之,北京市吴栾赵阎律师事务所律师。

辩护人:孙振科,中山市中元律师事务所律师。

被告人:陈荣全(下略)

辩护人:陈文坚,中山市中元律师事务所律师。

市人民检察院以被告人郑志明、蔡少荣、余祖日、陈荣全均犯贪污罪和受贿罪向本院提起公诉。现已审理终结。

经审理查明,1991年间,中山市包装工业集团公司(下称包装集团)决定将其生产用的主要原材料统一由该公司属下的中山市包装工业材料公司(下称材料公司)统一购买,并允许材料公司可在原材料购进价上提高3—5%销售给集团公司,所获利润则以"福利费"名义上交。1991年底,被告人郑志明利用任包装集团总公司的职务之便,决定将上述"福利费"中的一部分不入财务账,用于包装集团干部、主要是"两委会"(党委会、管委会)成员的福利开

支。该决定经被告人蔡少荣、余祖日、陈荣全认可同意后，于1992年开始实施。1993年3月，被告人郑志明调任中山市经委副主任。后相继任包装集团总经理的被告人余祖日、陈荣全及党委书记蔡少荣仍将上述做法维持不变。

1992年2月至1995年7月间，郑志明、蔡少荣、余祖日、陈荣全等人将未入集团财务账的人民币345万余元，一部分用于会议、接待、旅游等开支；另一部分则由四被告人假借各种奖金名义主要在集团公司"两委会"领导成员中进行私分。其中，郑志明贪污公款人民币136 500元，蔡少荣贪污公款人民币191 500元，余祖日贪污公款人民币145 500元，陈荣全贪污公款人民币165 500元。

1992年底，材料公司经理郑桂炳(另案处理)认为承包材料公司有利可图，分别向郑志明、蔡少荣、余祖日、陈荣全提出由其个人承包该公司的要求。四被告人经商议后，同意将材料公司发包给郑承包，并在未进行任何清算的情况下，由郑志明代表包装集团与郑桂炳签定了《承包协议》，协议规定，承包利润集团分成六成，郑桂炳个人占四成。郑桂炳还与被告等人商定不将承包一事公开。1993年底，第一年承包期满，上述被告人不经任何审计，仅凭郑桂炳的核算，即同意郑个人在材料公司提成"承包利润"人民币125万元。事后，各被告人分别收受了郑桂炳送来的"答谢费"，其中：郑志明受贿人民币15万元、蔡少荣和余祖日各受贿26.5万元、陈荣全受贿10万元。

1994年1月，余祖日代表包装集团与郑桂炳续签了内容同上年的《承包协议》。该年年底，余祖日、蔡少荣、陈荣全又不经审计，即同意郑桂炳提成"承包利润"人民币130万元。事后，蔡少荣、余祖日又收受了郑桂炳送来的贿赂各25万元，郑志明、陈荣全各受贿10万元和15万元。

1997年6月2日，公安机关因郑桂炳贪污案向蔡少荣取证时，蔡主动供述了司法机关尚未掌握其和同案被告人贪污、受贿的

犯罪行为。案发后,四名被告人均已退清了全部赃款。

本院认为,被告人无视国家法律,利用职务之便,非法侵吞公款并收受贿赂,其行为均已构成贪污罪和受贿罪,应依法惩处并予数罪并罚。鉴于四名被告人均能退清赃款,未给国家造成任何经济损失及本案的具体情况,可予从宽处理。被告人郑志明、余祖日、陈荣全的辩护人所提四被告人均不构成贪污罪和受贿罪的理由,经查,四名被告人利用职务之便决定将下属企业上缴利润擅自进行私分,主观上有个人非法占有公款的故意,客观上实施了将公款不入账私分的行为,已构成贪污罪。四名被告人还利用将企业发给他人承包之机,为他人谋取不合理利益后收受贿赂,其行为符合受贿罪的构成要件,所提无罪的辩解均属无理,不予采纳。

判决如下:

一、被告人郑志明犯受贿罪,判处有期徒刑四年;犯贪污罪,判处有期徒刑三年,总和刑期七年,决定执行有期徒刑五年。

二、被告人蔡少荣犯受贿罪,判处有期徒刑五年;犯贪污罪,判处有期徒刑二年,总和刑期七年,决定执行有期徒刑五年。

三、被告人余祖日犯受贿罪,判处有期徒刑六年;犯贪污罪,判处有期徒刑三年,总和刑期九年,决定执行有期徒刑七年。

四、被告人陈荣全犯受贿罪,判处有期徒刑四年;犯贪污罪,判处有期徒刑三年,总和刑期七年,决定执行有期徒刑五年。

1999年6月6日

乔春宝“走私案”

案 情 简 介

乔春宝，广东深圳大鹏电子实业有限公司副总经理。

1988年6月，案中另一被告——北京通广电子公司的王启勋，与中国通达公司副总经理刘巍签订了购置五万个彩电显像管合同后，又与乔春宝签约，将其中的两万个显像管供应给乔所在的大鹏公司，乔预付了200万元的周转金，但后来因刘无货可供，两份合同都无法履行。

在此同时，湖南益阳市华侨旅游侨汇公司经理张博能（案中被告），与香港商人赵美华议定，由赵提供一张盖有香港公司印鉴的空白函头纸，以赵的名义，“赠予”益阳侨汇公司显像管（张填为一万个），由张造了一份“赵美华捐赠函”，获得省侨办的批准和“批文”。

案中另一被告——广东商人李志和与张共同将批文正本送海关备案。之后，李又转手以130万元的价格将上述批文卖出。

1988年8月，王启勋得知有上述批文可进口彩色显像管，与刘巍合伙出资960万元将该批文买下，然后告知乔春宝，乔当即汇付货款1 025万元，并要求将货运交上海无线电三厂，加工成彩色电视机。此后，乔又介绍王启勋与港商冼某洽谈进口显像管事宜，将8 640个显像管运到文锦渡海关水贝保税库存放。10月10日，乔春宝、李志和、刘巍等人到海关报关，因批文未加盖湖南省政府

公章,未果。12月7日,益阳侨办主任姚永贵(案中被告)得知长沙海关正在调查此事,与张博能商议后到公安机关"投案"。

长沙海关将8 640个显像管引入境内并调至长沙变卖,得款6 810万余元。

检察机关认为:上述被告人"违反海关法规,假借捐赠名义进口货物,情节严重,其行为……均构成走私罪。……乔春宝为了本单位的利益,与走私罪犯通谋,并为其提供资金,联系货源,……特提起公诉"。

一审判决:乔春宝犯走私罪(未遂),免予刑事处分。二审予以维持。乔春宝不服,依法申诉,海南省高级法院再审,认为"原判认定乔春宝参与走私的证据不足,不能认定",判决宣告乔春宝无罪。

辩 护 词

一审辩护词

审判席：

我针对起诉书、公诉词和公诉人的“答辩”做补充发言，讲五个问题，为我的当事人辩护。

一、公诉词在其第一部分专题论述本案的“性质”。抓住这个关键性问题从法律和政策的高度加以论述，是正确的；然而公诉人并没有达到正确的结论，特别是把它放在公诉人着重阐明的案发的历史背景和当时政策的“大环境”中加以考察，其错误就更为明显。

在我们看来，本案的性质恰如法庭调查、辩论所揭示的，是：通过这件诉讼，是不是以及怎样坚持改革、坚持开放、坚持原则并服务经济建设的问题。

无可争辩的事实表明：这是一个原本可以通过行政手段纠正一些人片面地急于为家乡、为单位谋取狭隘利益的错误做法，同时又保护正当的经济合同关系，使生产、经营在一些具体环节上得到发展的具体事件。应当说，湖南省府主要负责人要求当事者就工作中的疏忽、失误作出检讨的安排也是基于这个考虑。可是不幸，这个事件被人以所谓的“大案曝光”先于审判公诸舆论，又有人采取了极不妥当的恶劣措施，把他们视之为、断定为“走私”的货物引入境内，调来长沙，把可以防止的恶果专断地使之发展到无以复加的地步，终于产生了原本不会产生的损失。这后一种人明显地是想一口吞成胖子，但这种做法无疑没有坚

持原则，也谈不上为经济建设服务。这，难道不是事情的真相和问题性质的根本所在吗？公诉人可以辩解说，“我们打击经济犯罪就是为了实行你所谓的‘三坚持，一服务’”。可是我们必须指出，你们在本案中的犯罪指控不能成立，我们对你们在起诉书和公诉词中所做的论证，从根本上持否定态度。为了说明我们的观点，以下谈第二个问题。

二、分析起诉书、公诉词和公诉人“答辩”的基本内容，从整体上看存在着两个原则性问题：一个是没有弄清楚刑事犯罪与经济纠纷是两个不同的法律概念，没有就本案被告人的行为划清罪与非罪的界限。对此我的同事们多有论述，不拟重复；另一个是没有正确地适用和解释法律与政策，我举实例加以印证：

（一）研究公诉人援引的《关于惩治走私罪的补充规定》第五条第二款，姑且不论该款分明是关于法人犯走私罪的罚则，它在规定中并列了两类人员要求一并予以处罚，即“对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员”。可是起诉书的指控，在断言例如王启勋“为单位谋利进行走私”的同时，把他派定为“直接责任人员”要求加罪，可为什么指控中少了法定的更为重要的、与王启勋一案的实际有着密切关联的“直接负责的主管人员”呢？如果说无人“主管”，那又为什么要援引这个条款生拉硬拽地给人定罪呢？

歪曲法律条文，执法不取郑重态度，必然会侵害公民的权利和利益，不可能不产生错案。

（二）公诉人方才在“答辩”中用内蒙古的“杀夫”实例，说妻子杀人后对捕她的公安人员表示：“这是我们的家务事，你们少管！”以此说明：杀人者尽管不知其行为是犯罪，但也绝不会因此不处以杀人罪。从而得出结论：不论被告人是否明知其行为触犯刑律，都应依法处以走私罪。

公诉人的例举颇有迷惑性；但细加推敲，便知其根本不能说

明问题。杀夫被说成“家务事”,就应当弄清楚杀人者是不是精神病患者,如是,那当然不能认为她的行为有罪。还有,杀人者如此“气壮”,其中有没有意外情节,例如是否属于正当防卫?如是,理所当然地不负刑事责任,从而不可以推断她“明知”其行为已触犯刑律。应当指出,用一个与本案毫无关联的事例来支持一个法律观点,不是失之片面,就是失之武断,公诉人的例举就是适例。

总之,公诉人所举事例不能说明本案中的任何问题,应请合议庭明察。

(三)尽管我们并不认为刘巍犯有“走私罪”,可是,公诉机关明知刘在本案涉及的事件中的地位与作用远比被告人王启勋重要,何以不将刘及其所在单位——通达公司都列为被告,交付法庭审判(如确实在逃,也应缺席审判)?被告人在辩论中要求公诉人对此加以说明,未被接受。公诉人的做法违背了法制统一原则,公诉人的态度反映着执法上的不够严肃。

三、至于起诉书中的一系列具体的缺陷和失误,我的同事多有指出,这里只补充说明一点:

起诉书中说:“被告人乔春宝为了本单位利益,与走私犯通谋。”这个指控只是空泛的概念,并无实际的内容。第一,所谓“为了本单位利益”,试问是指什么利益?为了本单位的合法利益与违法犯罪又有什么关系?如果公诉人指的是“非法利益”,那么非法利益的受益者或者谋取非法利益的策划者作为法人,又为何不予追究?第二,所谓“通谋”,在起诉书和公诉词中都指不出“通”的表现,又不见“谋”的具体内容,凭空指控,无根无据,欲加之罪,应请否定。

四、本案公诉人指控的“犯罪活动”,实即案中涉及的事件,经庭审调查已经证明,如无相当一级的政府法人指挥和支持,如无相当高层的领导人员的赞同与批准,根本不可能发生。进一步说,即

使有人一心一意要搞假捐赠，如有人严格把关，也一定能得到有效制止。对于这中间的问题，公诉词非常轻松地用了“官僚主义，不负责任”加以掩盖，这无疑是放松了检察机关的法律监督的重任。从维护法律正确实施的角度考虑问题，对此不敢同意。被告人要求那些大量签发假捐赠批文的负责人承担政治上、道义上的责任，合乎情理，应予支持。

五、公诉词罗列了本案被告人的行为造成的“危害后果”共四条，其后两条抽象空洞，至于所说被告人因此而不能享受天伦之乐的感慨，与“案”离题稍远，都不予评论。应当指出的是，公诉词说“用捐赠名义大量引进显像管是不顾国家计划，打击民族工业”的行为，指责这些行为“破坏了国家经济计划，危害了正常的经济秩序”等等，看似有理，但稍加思考就会提出一个不容回避的问题：这批所谓的“走私”显像管，如果不是长沙海关有人插手，滥用权力，调来湖南，公诉人所讲的“破坏”与“危害”的后果怎么可能发生？海关别具心思，另有考虑，处置不当，由此造成的危害后果不令责任者承担，却无端地加在本案被告人头上，这不仅是偏袒，而且是假造错案！公诉人一再讲到本案造成的社会、政治影响，这一点无可非议；可是我想说，就诉讼研究政治影响，难道不应首先听听怨声，看看冤情？冤情既生，民心易失；错案一多，何来稳定！这是古今中外公认的客观法则，也是公诉人最为担心的恶劣政治影响。唯其如此，我们作为法律工作者，实有责任极力地予以防止，并努力制止更为严重的恶果发生。难道不是吗？

总结我的意见，结论有三：

1. 本案是人为地制造的；

2. 因本案的存在而在客观上形成的危害和损失，与本案的被告人的行为无关；

3. 公诉人对本案被告人乔春宝、王启勋等人的指控不能成立，恳请合议庭对于无罪的被告人在判决宣示之前先予释放。

我们绝不怀疑法庭的判断力，相信法庭会严于执法。我们指望法庭的公正性。

1991 年 11 月 28 日

注：乔案与熊斌、王世伯律师合办。

诉 讼 文 书

检察院起诉书(摘要)

1988年4月中旬,被告人张博能(益阳华侨旅游侨汇公司经理)在深圳与港商赵美华商议,以赵的名义搞"捐赠",由赵提供了"香港溢德有限公司"的空白函头纸并盖有印鉴。张将此情况告诉侨务办公室副主任、被告人贺宇声。二人向侨务主任、被告人姚永贵作了汇报。随后,张博能伪造一份署名赵美华捐赠彩色显像管一万个的信,姚永贵签署了"同意接受"的意见,报省侨办审批。同年7月10日,被告人贺宇声将"捐赠"已经批准的情况电告正在深圳出差的张博能,张得知后,拟将批文倒卖给被告人李志和(个体工商户),并于7月29日与李在长沙商定了买卖批文的价格、业务费等事宜,并向被告人姚永贵作了汇报。8月初,姚要求张、贺与李志和签了正式协议,以50万元人民币买下批文,另口头协定付5万元业务费给张、贺二人,均先支付50%。随后张博能将批文和进出口许可证交给李志和,李电汇25万元给益阳侨汇公司,将2.5万元现金交给张、贺。

张、贺回益阳,由姚永贵主持会议听取汇报,对上述的25万元汇款和2.5万元现金的处理分别作了研究,并对报关事宜作了具体安排。

此后,李志和以180万元将批文和许可证卖给深圳市锦江贸易公司业务部经理赵某(另案处理),签了协议。

赵某得到批文,又以260万元转卖给被告人王启勋(通广电子公司干部)和冶金部所属通达公司副总经理刘巍(在逃),双方签了

协议。王、刘先付赵某130万元。

王启勋获取批文、许可证后，给被告人乔春宝(中国电子公司深圳工贸公司大鹏电子实业有限公司副经理)看了，王启勋准备货款1 025万元，按刘巍开出的通知书付款，乔将1 025万元货款，汇到王、刘的银行账户上，并将与上海无线电三厂订有联合加工彩电协议等情况告诉王启勋、刘巍，要求王、刘进口十八英寸三星牌彩管。在此情况下，王、刘找到李志和，要李协助办好彩管运往上海的准运手续，并将此情况报告了张博能，为了逃避海关监管，提出由上海无线电三厂与益阳方面签订联合加工协议；之后张起单与协议，派本公司银某与上海三厂的代表季某签署了所谓联系加工协议，同时签署了一个废除加工协议的补充协议。益阳工商局对上述“加工协议”予以签证，核发了销售彩电的一次性营业执照。

王启勋、刘巍收到乔的货款，经乔介绍与港商冼某洽谈：冼提供8 640个三星牌彩管给王、刘，货款额共832.7万余元；冼将彩管运抵文锦渡海关监管的水贝保税仓库，将提货单、报关手续交付王、刘。

同年10月10日乔春宝、李志和、刘巍持手续到文锦渡报关，因批文未盖湖南省政府盖章，海关不予发行。

本院认为：被告人等违反海关法规，假借捐赠名义进口货物，情节严重，其行为构成“走私罪”。……贺宇声为单位牟利进行走私，为本案的直接责任人员。……乔春宝为了本单位利益，与走私犯同谋，并为其提供盗金，联系货源，生活行为适用全国人大常委会“关于惩治走私罪的补充规定”第八条、第五条第二款之规定；……。根据《刑事诉讼法》第一百条之规定，提起公诉，请依法审理。

1991年9月20日

中级人民法院判决书(摘要)

被告人姚永贵、张博能、贺宇声、李志和、王启勋、乔春宝走私一案,……11月26日至28日,依法公开审理,现查明:

1988年4月,张博能与港商赵美华商议,以赵的名义搞"假捐赠",赵开给了张盖有"香港溢德有限公司"印鉴的空白函头纸一张。张向贺宇声报告后,又一同向姚永贵作了汇报。张提出,以赵的名义"捐赠",搞一万个彩色显像管,姚、贺同意。随后,张将伪造的"捐赠"信抄在"香港溢德有限公司"空白函头纸上,为申报手续,由益阳地区侨办盖公章后,报省侨办审批。7月19日,贺将"捐赠"已经省政府办公厅批准电告张博能。张得知后拟将批文倒卖给李志和,并与8月初与贺一起在长沙同李志和商定了买卖批文的价格、业务费等事宜,并向姚永贵作了汇报后,与李签了正式协议,以50万元买卖批文,另给张、贺业务费5万元,均预付50%。8月18日,姚主持会议,对上述两笔款项的处理作了研究,并商定了报关事宜。

李志和得到批文和进口许可证,以130万元倒卖给深圳某公司经理赵贵权(另案处理);赵预付60万元。

赵得批文后,又以260万元倒卖给被告人王启勋和在逃的刘巍,王、刘先付款130万元。王为了履行原与被告人乔春宝签订的彩色显像管购销合同,给乔看了批文与进口许可证,乔看后同意要货,并按王、刘开出的付款通知书将1 025万元货款汇到王、刘的账户上,与此同时,将与上海无线电三厂订有联合加工彩色电视机协议的情况告诉王、刘,要求进口十八英寸三星牌彩管。王、刘找到李志和,要李协助。李将此情况转告了张。为了逃避海关监督,李提出要由上海三厂与益阳方面签订联营加工协议。张起草并签署了"加工协议",并经益阳工商局签证,核发了销售彩电的一次性

营业执照。

乔春宝汇出货款后，得知王、刘无彩管货源，又介绍王与港商冼某洽谈。由冼提供8 640个十八英寸三星牌彩管给王、刘。王、刘付款后，由乔出面，通知冼某将彩管运抵文锦渡海关监管的水贝保税仓库，将报关手续交王、刘。10月10日，乔随张派的银某及李、刘等人到文锦渡报关，因批文未盖省政府公章未成。12月7日，张投案自首，嘱咐不要把他讲出来，有事他可以周旋。

本庭确认：姚永贵……是本案直接负责的主管人员；……王启勋……是本案的直接责任人员；乔春宝为本单位利益与走私犯通谋，并提供资金、联系货源，是本案的直接责任人员。其行为均构成走私罪。王、乔均免予刑事处分。长沙海关扣押的走私物品十八英寸三星牌彩管8 640个，折款681万元，没收。

高级人民法院裁定书(摘要)

乔春宝、姚永贵、张博能、贺宇声、李志和、王启勋“走私”一案，一审认定被告六人均犯走私罪，判处……乔春宝免予刑事处分。被告人分别提出上诉。

本院经审理，查明：

上诉人姚永贵原为地区侨务部门主要负责人，参加研究并同意侨汇公司以假捐赠名义获取进口批文及许可证进行倒卖，……协助报关，案发，……又授意他人为其隐瞒犯罪事实，系本案走私直接负责的主管人员，其上诉理由不能成立，但系犯罪未遂，可以从轻处罚。被告人贺宇声，参加研究和同意侨汇公司以假捐赠获取进口批文和许可证，参加洽谈出卖批文，系本案走私直接负责的主管人员，但系犯罪未遂，案发后认罪态度较好，有悔改表现，可以从轻处罚。上诉人张博能串通港商搞假捐赠，伪造捐赠信件骗取进口批文和许可证，并经手倒卖为公司牟利，欺骗海关逃避监管，

系本案走私犯罪的直接责任人员，上诉理由不能成立。但系犯罪未遂，且有自首情节，可以减轻处罚。被告人李志和明知是捐赠进口批文、许可证，转手倒卖，……系个人走私犯罪，因系未遂，退赃积极，可减轻处罚。上诉人王启勋擅自代表公司收买捐赠批文、许可证，假借捐赠名义自行采购国家限制进口的产品放到保税仓库，企图在境内销售未逞，是走私的直接责任人员，上诉理由不能成立，但系犯罪未遂，可从轻处罚。上诉人乔春宝明知王启勋借假捐赠名义进口货物走私而为其提供资金，联系货源和仓储，系走私的直接责任人员，其上诉提出"付款前没有看过捐赠批文和许可证"，"无走私的共同故意"，经查与事实不符，理由不能成立，但系未遂，且是在王启勋原有合同不能履行的情况下所为，情节轻微。依法驳回乔春宝等人的上诉，全案维持原判。

本裁定为终审裁定。

1993年4月24日

高级人民法院再审判决书(摘要)

原审被告人姚永贵、张博能、乔春宝走私(未遂)一案，地区中级法院1999年12月19日作出判决，不服上诉，本院1992年4月24日裁定驳回，维持原判。姚永贵、乔春宝不服申诉，本院决定进行再审，现已审理终结。

1988年12月7日，姚永贵得知长沙海关正在调查(本案被告人的走私问题)，即找张博能、银某等人商议，当晚由姚送张、银二人投案，但嘱咐二人"不要把我牵进去，我今后不好讲话了"。

(一审判决后)姚以"不知搞假捐赠买卖批文"，"不是直接负责的主管人员"；乔以"付款前没有看过捐赠批文和许可证"，"无走私的共同故意"，"不构成走私罪"等理由上诉，被本院裁定

驳回。

本院再审查明:原一、二审认定姚、张的犯罪事实清楚,证据确实充分,定罪准确,审判程序合法。但原判认定乔春宝参与走私的证据不足,不能认定。……

宣告乔春宝无罪。

姚永贵、张博能犯走私罪(未遂),免予刑事处分。

郭印洲"伤害、盗窃案"

案 情 简 介

郭印洲,江西奉新县干洲工艺厂厂长,曾被评为"劳动模范"。

1988年,郭妻与工艺厂出纳张某因私怨斗殴,郭劝阻未果,卷入,被职工劝开。之后,张某要弟弟纠集亲属斥骂郭印洲夫妇;张弟持锄准备打人,被在场职工夺下。此时,正值郭妻打开水回家,双方对骂,郭妻掷出热水瓶,击中张弟张小毛,于是互相扭打在一起。郭见此突然事变,从室内拿出一把做工用的篾刀,砍了张小毛一下,中左肩胛,再砍张妹张小芸,中右耳,后被人拉开。经"鉴定",认为"张小芸的损伤属轻微伤范畴"。

在此之先,张的丈夫周某曾写信侮辱诽谤郭印洲夫妇及其女儿女婿,郭依法自诉,法院不予受理,矛盾久积。

1988年10月,郭印洲去广州参加交易会,见江西九江美术厂展柜无人,取走该厂参展出售的国画三幅,离开展厅时被保卫处查获。次日,郭印洲与九江美术厂周厂长见面,周将画取回。"出售后,得款480元"。

奉新县人民检察院认定郭的上述行为分别构成伤害罪、盗窃罪,起诉于县法院。一审于1990年12月22日判决:郭印洲犯故意伤害罪,处徒刑八个月;犯盗窃罪,处徒刑六个月,决定执行有期徒刑一年。

郭不服上诉。二审辩护律师认为郭的行为构不成"伤害罪",

至于盗窃问题,因其情节显著轻微,且早已解决,依法也不构成犯罪。二审维持一审关于"故意伤害罪"部分的判决,判处郭印洲有期徒刑八个月。

辩　护　词

二审辩护词

郭案二审合议庭：

郭印洲“伤害、盗窃”上诉案，考虑到一审审理中的重大失误，我们曾建议上诉审进行公开审理，业经合议庭负责人口头裁定否决。我们尊重法庭的决定，并遵照指示，提出书面辩护意见。

一、关于“伤害罪”部分

（一）郭印洲“伤害”案，起自郭妻吴君玉与张玉华的“相互斗殴”（引见《起诉书》）。而斗殴之发生，又源于张玉华之夫周绪象前此对吴君玉之夫及其女的极其秽污的侮辱诽谤。经查周绪象等以书面方式侮辱诽谤郭、吴及其女儿、女婿，有证据在卷。被害人曾依法提起自诉，奉新县法院竟不受理。矛盾久积未决，终于酿成“斗殴”。这是本案的重要背景，也是案中之“果”的主要之“因”，一审公然励避，从而也就很难做到公正裁判。

（二）查上述的“七·七”斗殴，纵观其全过程，实有两个应能分离的“阶段”。先是吴、张相殴，郭印洲劝解无效，并被张抛出的瓶子击中，于是介人殴斗，成为“殴”中一员，但终被他人拦开劝去各自离开斗殴场地。如果双方就此息事，问题本来已告平复或者缓解。

不料张玉华宁愿事态扩大，纠集人众，到郭、吴住宅寻衅滋事，于是形成了第二个“阶段”，出现了较前一阶段为恶劣的后果。一审对此不予详察，自不能明辨是非，分清责任，从而不易做到公正审判，准确定案。

（三）一审判决对于一些主要情节的认定，缺乏可信证据，失

之主观。诸如:"郭……砸下的钢管仍(似为'乃'之误——律师注)将其……打得倒于地上";"郭举刀朝张小芸……砍一刀致张小芸当即血流不止,昏倒于地。后……抢救。"这些认定,不仅无证,而且违背常理。审判人员如此臆断,实不得不辩,应请二审明察。我们已经提供证据予以说明,请予审核。于此不赘。

(四)据一审判决所认定的"事实"有三种证据"为证",即"被害人陈述;证人证言;被告人供述"。漏举或者不举"法医检验鉴定"。但仔细研究判决书,一审认定郭印洲触犯刑律,犯"故意伤害罪"的最关重要的证据,又恰恰是法医的"鉴定"。因而我们必须再次申明,该鉴定书因其有重大的缺陷与失误,故不能做为本案的证据加以适用。考虑到这个证据问题在案中的重要地位,谨略作说明于下——

这里姑且不论该"鉴定书"不符合规范化的要求,尽管不合程序、不符规范要求的鉴定足能导致其失效或者无效;从实质上看,我们确有根据地说,鉴定"依据"的主要情况及作出的基本结论,或者纯属主观臆测,或者没有科学根据,总之不能作为可信的证据。要如:

第一,鉴定书的"案情"叙述,断言"被鉴定人砍伤后倒在地上不省人事约四、五分钟",送去治疗时,"对受伤经过回忆不清",这绝非事实,不知从何而来?所谓"倒在地上,不省人事",纯属伪造的故事,至于"四、五分钟"的时间测定,不知何人所为,用的又是什么科学手段?鉴定书上都不见记载。这种"鉴定",言词吓人,实则无力,不足采信,无须详陈。我们在"申请重新鉴定书"上列举了理由,应请参照。

第二,鉴定书中的"检验所见",其中的"穿孔"之说没有医学上的说明,毫无说服力。依据江西省两院、两厅颁布试行的"人体损伤分级鉴定标准"第十条之规定,这类鉴定首先应做到"具体伤情,具体分析"(一款);而后要求在具体鉴定时应依据(1)写明伤情,

(2)损伤后果或结局;并应"全面分析,综合评定"(三款)。但该鉴定书在说明它"7月18日检见"的情况后,特加注说明它的依据仅止于"见人民医院五官科会诊记载"。那么我们不禁要问,法医的检见与鉴定,与所"见"的医院"会诊"之间有何关系呢?又是什么关系呢?尤其令人生疑的是,鉴定书借"医院会诊记载"断定被鉴定人的损伤的"诊断为外伤性鼓膜穿孔"。可是,遍查"会诊记录",其中仅有医师的"穿孔"说的"印象",并无"诊断为"的判断性结论。鉴定书所引,有失真实。何以出此,百思难解!总之,该鉴定书从根本上违背了上述的江西两院、两厅文件规定的要求,犯了"枉法"的失误,故不敢不辩。

最后,应当陈明,考虑到司法机关在案中确有违法情况,我们想指出:郭印洲一案,被告人于该年的7月7日被收容审查,7月30日被捕,迟至9月20日,始"将案卷材料移送我院审查起诉"(见《起诉书》),3日后即29日,检察院印出《起诉书》旋即起诉于县法院。可是,不知何故,该年7月9日,即被告人被收容审查的第三天,案件尚在公安局立案侦查阶段,竟由"奉新县法院接待室"做为委托单位,为张小芸作"受伤程度鉴定"。这不仅是一个程序问题。法定的权力,如此互相替代,任意转移,是极不严肃的违法现象,更何况这一做法直接违反了《刑事诉讼法》第三条各款的有关规定!为了彻底地、不折不扣地"励行法制",我们冒昧陈辞:这样的"鉴定书"如不明令撤销,将有碍于培养起我们应有的健全的法制观念,无助于纠正错误。事关重大,请予明鉴。

(五)为了辨明真相、是非,我们不妨再退一步,即使从"鉴定"的结论出发进行研究,我们认为一审以该鉴定书为主要根据作出了被告人犯有伤害罪并予刑事处罚的判决,也是很不适宜的。

研究江西两院、两厅的《人体损伤分级鉴定标准(试行)》,轻伤与轻微伤的主要区别在于损伤后果的程度,结合本案实际,则在于功能受到的影响,如属轻伤,应是"轻度",如系轻微伤,则属"轻

微”。审查本案被鉴定人的具体伤情，明显地符合江西两院、两厅《人体损伤分级鉴定标准(试行)》第八条的规定，即："……造成组织结构、器官的损伤较轻微或者功能受到短暂的轻微影响，经治疗在较短时间内痊愈的损伤"。据此可以得出结论：郭印洲的行为所造成的结果是"轻微伤"。行为人对"轻微伤"不应负刑事责任是无须说明的。

再退一步，按照鉴定书的结论，郭印洲的行为所造成的结果属于上述的两院、两厅文件的第六条，"损伤后，致使……听觉……功能受到轻度影响的损伤，即属于'轻伤乙'"。对于轻伤乙级，江西省以南昌为代表，包括九江各地县在内，都规定为行为人不负刑事责任，这个精神，应有重大参考价值，没有理由不遵照办理。

综合以上各点，因被人侮辱、诽谤而引发的斗殴，致对方受到轻微伤，抛开案发的具体环境、情节，单从后果而论，也不应给郭印洲加以"故意伤害"的罪名，一审明显偏袒，有失公允，导致错判，应请撤销。

二、关于"盗窃"罪部分

对此，有以下几点申辩——

(一) 一审认定，郭印洲"盗窃价值 480 元的山水画三幅"。一个明显的问题是：被窃之画早已售出，售价多少，无据可查；那么，"价值 480 元"之"价"试问从何得知？如果是"依据此类"产品估出，那么为什么又不根据该画所属的九江工艺美术厂提供的 1988 年该类国画规格价格表中所明示的每幅 41 元之"价"？"画"已售出，鉴定价格确实不易得到具有权威性的"估价"，因而当然应以上述的"价格表"为主要参照。对此，应无疑义。以此为准，则"数额"实为 123 元。据此审查一审的定罪，显然不当。

(二) 郭印洲身属省级优秀企业家，不经对方允许，窃取他人产品，行为卑劣，应受教育。但一经指出，即与对方厂长商量，付出百元代价，该厂长旋即与有关各方讲清缘由，问题即告解决。现

在,事隔两年,借"伤害"案起,重又以"盗窃罪"提起公诉,令人不解。我们想指出的是,如果郭在1988年10月之后,另有"盗窃"行为发生,联系"历史",可见其对社会的危害程度,由此而加诸罪名,合情合理,现在问题在于:在此前后均无这类恶行,1988年在广州的所为,属于偶然"失足",也可以说是"不检点"。用政策衡量,以判刑方式加以打击,虽非致命,毕竟过严。盗窃案小,政策事大,相信二审会全面权衡,作出妥善决断。

三、我们认为,本案被告人郭印洲与其他有关人的纠纷,本质上属于"自诉"范围内的问题;检察机关认为应提起公诉,作为律师无权加以评判。但是,检察院花费力气处理这类细小问题,毕竟会有碍于处理检察院组织法第四条中赋予的更为重要的任务,而且使当事者之间失去了"和解"的机会,不利于矛盾的缓解,无助于安定团结。这虽与本案诉讼没有直接关联,我们之所以敢于陈明,无非是想提请二审考虑,如何在刑事诉讼中更为妥贴地执行党的一贯的刑事政策,怎样更好地化消极因素为积极力量,使那些可以为社会的发展、经济的繁荣做出一定贡献的,不至于因司法部门的处置不当而转化为消极因素。郭印洲做为一个农民企业家,因其贡献而赢得省劳模范的荣誉称号。他的错误有损于人民给予的光荣,有愧于党和政府的信赖,然而他的错误确实并非达到严重危害社会的犯罪的程度,当可挽救。我们没有忘记辩护人的职责,首应着力于研究、判断本案中的人与事的是非与责任,但我们又不能不考虑到处理一人、一事面给经济、政治、社会带来的结果,并提请我人民法院给予关注。至于利弊轻重,相信二审定能做出准确的权衡。

1991年3月5日

注:本案与王庆平律师合办。

诉 讼 文 书

一审判决书(摘要)

被告人郭印洲故意伤害、盗窃一案,本院进行公开审理,查明:1990年7月7日上午,郭见其妻吴君玉正用酒瓶殴打本厂女工张玉华,未制止。张气愤地拾起一酒瓶颈,向郭抛去,打中腹部。郭旋即抓起钢管折椅朝张砸去,张一挡,砸下的钢管折椅仍将其左眼下睑打肿,当即被打得倒在地上。张妹张小毛、张小芸闻讯赶来,质问郭夫妇为何打人,吴君玉即将手中的热水瓶向对方掷去,致张小毛胸部被热水烫伤。接着,吴与张小毛、张小芸揪扯一起。此时郭印洲返至家中,捡起一把篾刀,朝张小毛左肩胛部砍一刀,朝张小芸右耳后颞骨处砍一刀,致张小芸血流不止,昏倒于地,被人送医院抢救。经鉴定,张小芸出现短暂意识障碍和近事遗忘及外伤性鼓膜穿孔。

此外,郭于1988年10月在广州参加秋季交易会的一天,乘我省九江展销会无人,窃得价值480元的山水国画三幅。

本庭认为,郭的行为构成故意伤害罪,盗窃罪。依法判决:犯伤害罪,判处有期徒刑八个月;犯盗窃罪,判处有期徒刑六个月,决定执行有期徒刑一年。

1990年12月22日

申请重新鉴定书

郭印洲“伤害”案，曾经法医进行“伤情鉴定”，奉新法院在判决书中一再引用该“鉴定”的结论性意见，做为定案根据。经我们反复研究，认为该鉴定中的一些至关重要的情况与结论属于主观臆测，缺乏科学根据，如下：

一、“鉴定”的“案情”叙述，断言“被鉴定人砍伤后倒在地上，不省人事约四、五分钟”；送至医院治疗时“对受伤经过回忆不清”。这个断言有三点不实：

第一，所谓“倒在地上”，纯属虚构，卷中没有证据予以认定。仅以常理推断，试想：以刀“砍”人致伤，终致“倒地”，其“力”可见；其后果将不可能是该鉴定中的“分析说明”所主张的那种“轻伤”。

第二，所谓“不省人事”，显系编造，卷中不少证据可以证明绝无此种情况发生。至于“不省人事”竟达或者“仅达”四、五分钟，不知何人测定？据何测定？对于如此重要的“依据性”资料，不在鉴定中据实叙明，凭空一说不足采信，似无须详陈。

第三，所谓“对受伤经过回忆不清”，不仅意思含混，近于“不清”，而且与实际不符。被害人在对被告人进行指控时，举尽了细节，其“回忆”甚“清”，几达“至细”程度，审查案卷，随处可见。鉴定书中的这一“案情”，虽属“简要”，却非客观事实。其弊在于失之主观，同样不足采信。

二、鉴定书中的“检验所见”部分，有两处重大疑点：

第一，“穿孔”之说，缺乏有根据的医学说明，做出的结论没有科学的说服力。尤其令人不解的是，鉴定书在说明它“7 月 18 日检见”的情况后，特别加一小注：“见人民医院五官科会诊记载……”那么，鉴定书执笔者的“七·一八”之检究竟“源”于何处？我们有理由提出质疑。

第二，鉴定书在注明“见……医院会诊记载后”，接着又断言为“诊断为外伤性鼓膜穿孔”。经查“会诊记录”仅记载有医师的“穿孔”的“印象”，并无“诊断为”的判断性结论。鉴定所引，有失真实，应请明察。

三、根据两院、两部《人体轻伤鉴定标准(试行)》鉴定为“出现短暂性的意识障碍和近事遗忘”，应经“确证”(第八条)。然而该鉴定书并无“确证”记录，可见没有“确证”的科学根据以证其“确”，空口主张，怎能成立？应予否定，理所当然。

综上所述，依据《刑事诉讼法》第三十一条鉴定结论“必须经过查证属实，才能作为定案的根据”之规定，以及同法第九十条，第一百一十七条赋予被告人、辩护人的诉讼权利，特提出申请，请求对原鉴定书予以重新鉴定，以维护当事人的合法权利，从而保障执法的准确与严肃。

恳请批准，并祈明示。

1991年3月4日，宜春

二审判决书(摘要)

上诉人：郭印洲，因伤害、盗窃一案不服一审判决上诉，经本院审理，查明：1988年，郭与本厂出纳张某勾搭成奸。张的丈夫写匿名信交郭的女儿，称郭乱搞男女关系。郭妻吴某知道后，于1990年5月21日打了张一顿。7月7日，张到财务室上班被吴辱骂，为此二人对打。郭闻声赶到，被张抛出的半截酒瓶打中，郭即拿起钢管折椅朝张打去，将其左眼打伤，被劝开。不久，张的弟弟妹妹赶到，质问并骂郭夫妇。张弟拿起锄头准备打人，被在场群众夺下。张的妹妹在与吴对骂中，吴将手中的热水瓶掷中张小毛，为此双方扭打在一起。郭见状，从家中拿出篾刀，砍中张小毛左肩胛

处,张小芸右耳部。张小芸的伤情经鉴定,属于轻伤范畴。

郭印洲于1988年10月在广州秋交会的一天,乘九江展台无人,窃取了三幅山水国画。次日,郭找到九江工艺美术厂周厂长了结了此案。周将画拿回,在广交会上售得480元。

本庭认为:上诉人盗窃国画的行为,情节显着轻微,不构成犯罪。其持刀伤害他人身体的行为,构成伤害罪,维持一审判决,判处有期徒刑八个月。

本判决为终审判决。

1991年4月1日

胡全等“流氓案”

案 情 简 介

1996年5月23日晚，正值又一次全国性的“严打”期间，某市公安局刑警支队一大队民警张某某、李某等四人穿便装到位于市中心的棕榈滩歌舞厅。张与李上二楼歌舞厅后，提出要找小姐来陪，并且“要漂亮的”。领班王芳即为其安排了一位；张又提出要王芳来陪，王告以工作时间不能坐下予以回绝。张说：“我是刑警队的，现在要传唤你，你跟我们走。”王看了张的工作证，说：“那好吧，我换下工作服，把钥匙留下，再交代一下工作就跟你们走。”张说：“从现在起，你不准对任何人讲任何话，不准做任何事，跟我们走。”随即强行带离。他们下楼梯时，被歌舞厅总经理胡全碰到，胡问“怎么回事”予以阻拦。张说：“我们是刑警队的，要传唤她（王芳）。”胡索要传唤证。张说“我凭什么给你看？”恰在此时，该武警机动中队的中队长张某在旁，说：“你是刑警，我还是武警呢！”随即向张某某猛击一拳。张某某见不是对手，即向门外跑去。胡全一边大喊：“关上大门，不要让他跑了！”一边追去，并呼人报警。工作人员即按胡全要求分别向“110”及派出所报案“有人滋事”。

冲突中，双方均有人受伤。经法医鉴定，张某某、向某某所受伤为轻伤，对胡全等人未做伤情鉴定。

24日，即案发后第二天，市公安刑警支队一支队长在刑警队内强迫王芳在一份传唤证上签字，并倒签时间为“1996年5月23

日9点”。

1996年8月19日，市中级法院公开开庭审理本案。

辩 护 词

一审辩护词

审判席：

胡全等人被指控犯有“流氓罪”一案，就其实质来说，原本并不复杂，但因个别有关同志的无限上纲，被人为地尖锐化了，以致成为一度在(某市)具有广泛影响的重大事件。

然而实际情况与他们当初对上级报告和对社会宣传的种种说法可真是差之甚远，谬以万里了。

关于本案的定性，王亚林律师对于起诉书的论断作了否定的评价，并且就相关的问题陈明了律师的观点。那是我们经过认真研究、缜密思考之后达到的共同意见，我决不怀疑它完全符合现行法律的规定，因而是绝对正确的。为了更加充分地论证我们的意见的正确性，为了履行律师应当协助法庭查明事实真相的责任，为了揭示这起一度引起轰动的事件的真相，还事物以本来的真面目，从而使问题最终能够得到合法的、公正的处理，我补充做以下的说明，进一步地陈明观点，为被告人胡全辩护。

我向法庭陈述以下几个问题——

一、“起诉书”对于“五·二三棕榈滩事件”事实部分的叙述与认定，源于公安局的起诉意见，有的并不真实，失诸武断；有的很不完整，失之片面。

庭审调查充分说明：就案件涉及的“事实”来看，“五·二三事件”的真相是：

持有公安人员身份证的张某某、李某同志，于5月23日21时

10分以后，着便装到棕榈滩歌舞厅楼上，强行带走女领班王芳，受到歌舞厅总负责人即本案第一被告人胡全的查询、阻拦，发生争执并互相扭撕，恰有武警身份的另案人张某在场，因张某某的身份不明竟要带人而激起不平，遂施以拳击，于是引发了对打互攻，张某某、胡某二人互有殴伤的血迹显露。歌厅工作人员目睹突发事件，一面堵截与扭打张某某等人，一面连续电话报警；张某某曾两次鸣枪震慑。双方都在以各自的方式防范事态扩大，故未酿成命案，无人重伤。终因防暴人员及时赶到，胡全等人被扣押而告平息。

审判长：我这里概括的事实，业经卷中证据与法庭调查所一一证实，应无疑义。那么，我们从这些事实中能够得出什么结论呢？或者说，它分别说明什么呢？

第一，它说明："起诉书"中关于张某某等四人"依法传唤王芳"的断语完全没有根据，因而不符合实际，是不正确的。所谓依法传唤，那就必须具备法律明定的要件。根据《刑事诉讼法》第六十三条规定的精神，传唤人到指定的地点讯问，应当出示"证明文件"，请公诉人注意，法律规定的是"证明文件"而不是只能表明身份的工作证。而这里讲的证明文件，根据《治安管理处罚条例》第三十四条第二款第一项的规定，只能是"传唤证"。现在问题已经清楚了，传唤是不是依法，首要的条件是执法者是否具有并使用了传唤证。

张某某没有使用传唤证，有王芳、胡全等人的供述可证，有李某1996年5月27日的证词可以参照，更有张某某本人的自述证实。他在1996年5月24日所作的自述可作代表，他说："我和向某某、李某、沈某等四人带传唤证赶到棕榈滩二楼，我掏出工作证给王芳看……。"这段话记在预审卷第五册，法庭已经宣读，无人表示异议。请看，他只是怀揣着传唤证，但不使用，关于这一层的证据既真实又充分，足堪认定，无可置辩。那么，张某某等人去传唤王芳，到底有没有传唤证呢？对此，起诉书在文字上下了点功夫，

回避了这个极为重要的问题。我们在预审卷第二册中发现内附市公安局的第123号传唤证,似乎可以证明传唤王芳确有传唤证。可是这里毕竟存在着三个不容回避的问题,我们不得不据实提请考虑:

(一)既然开具了并且带上了传唤证为什么不出示?掏出工作证与出示传唤证都是举手之劳,前者不符合法定要求,后者却是法定要件,为什么偏要舍合法而以并不合法取代?

不向被传唤人出示已然不对,而当歌厅总负责人于阻拦之中要求出示时仍拒不出示,于是酿成事端,其中的是非与法律责任,显然已无需论证。根据过去胡全对于公安机关的每唤必到的历史表现,不难查知,如果张某某真地出示了合法有效的传唤证,他是不会也绝不敢阻拦张某某执行公务的!

总之,张某某5月23日持有"传唤证"之说,并不属实,应请法庭审核明鉴。

(二)本案第七被告人王芳供述,公安局的同志曾于1996年5月24日要求她在该第123号"传唤证"上将时间倒填为1996年5月23日,这种伪制书证的作法因卷无旁证,我们一时又没有可能进行深入的调查,故不轻下断语。但是,我从该123号"传唤证"中要求王芳于当天晚9时到公安局接受讯问,而王芳签署的时间不是21时(即晚9时)而是9时来看,使人感到他们之中的差异显示着某种并不实在的蛛丝马避。这绝非吹毛求疵。卷中另一份于5月24日开出的传唤张某的"传唤证"可作对比,其中要求张于23时到局接受讯问,张的签收时间是当天的22时30分,并不写作10点30分,这个对比源于实际绝不能认为没有道理。

我们之所以细说这些材料中的情况,一是考虑到其中涉及的问题包括王芳的揭露带有十分严重的性质,二是与胡全的行为有着直接的关联,因此郑重建议法庭予以彻查。

(三)仔细辨识该第123号传唤证,竟然没有该证明文件所要

求的局首长的签发。失去了这一必须具备的要件，该第 123 号传唤证不论何时填写，都不具有法律上的效力难道还有疑问吗？扼要地说，卷中所附的第 123 号“传唤证”不论填于 5 月 23 日或其他时间，统统没有法律上的效力，而对一份没有法律效力的文书，扼要地说，有等于无。

根据以上的几点说明，可以达到这样一个结论：张某某 5 月 23 日晚上在棕榈滩实施的传唤行为，自始没有依法。

审判长：任何一个国家工作人员都没有离开法定条件、法定要求行使行政权力的特权！不是依法执行职务的行为都不应也不会受到法律的保障，都应受到人民大众的抵制。这是我们的法制原则的一个基本内容，我相信在这点上能与公诉人达成共识。

这是第一点。

第二，上面指出的事实还说明：张某某带走王芳的措施带有强行传唤乃至拘传的性质。这里姑且不论王芳的多次供述，张某某本人在 1996 年 6 月 3 日的证言中也承认：“……王芳要把工作交待一下，我说不行，我现在带着传唤证传唤，不允许再跟其他人讲话。”这段证言与被告人王芳方才的供述完全一致，因而这两种证据都具有可信性。这里的问题是：按照现行的法律规定，只允许“对无正当理由不接受传唤的，公安机关(才)可以强制传唤”。今天法庭已经查明，王芳并没有不接受传唤，她从一开始就顺从了张某某的不合于法律规定的传唤行为，这怎么可以“强制传唤”呢？这个事实，这一情况，进一步地证明着张某某的传唤行为与法律的规定很不一致，即没有依法。难道不是吗？

第三，上面指出的事实还说明，张某某和他所属的单位都熟知关于传唤的法律规定和要求，都十分清楚“传唤证”的有无在本案中的重要意义。我们在预审卷第五册中还看到公安局刑事警察支队一支队于今年 6 月 1 日开具的一份题为“关于传唤王芳情况说明”的材料，其中说：“1996 年 5 月 23 日，我支队在查处一起卖淫

嫖娼案件时发现棕榈滩美食文化娱乐村服务员王芳有卖淫行为，当晚7时，大队长……研究决定由张某某等四同志开具传唤证对该王芳进行传唤审查。特此说明。"这个内容使这份材料在案中起着书证的作用，我们因而不得不依照法律的规定提出以下的质疑：

（一）公安刑警传唤人，有什么必要在传唤之后写出这样的书面说明？

（二）谁要求刑警支队书写、出具这样的说明，并且还标明为"特此"？

（三）尤为重要的是，这是对谁作的说明？意图何在，想"说明"什么呢？

质疑完毕，还要提出的是：这样的"说明"究竟能说明什么，人们可以从自己的角度作出不同的判断；我们的判断是：这种于事后补写的"说明"，如无其他旁证可以证实其内容的真实性，它绝无证据的证明作用，而只能从一个侧面证明，该刑警支队及其工作人员张某某都明知执行传唤公务必须持有"传唤证"，否则就是违法。

第四，对于张某某不按法定程序和法律要求执行职务的行为，"起诉书"断定为"依法"，那么，具有武警身份的人出面阻止张某某带走歌厅工作人员的行为，人们能否认为也是执行公务呢？

审判长，我们并不赞同另案人武警干部张某拳击张某某的做法，只是以此反证，起诉书中的逻辑是站不住的。

人们都很清楚，张某某的传唤行为是依法还是违法，在本案中起着关键性的作用，是案件如何定性的重要根据，因此大家包括公诉人都给予充分的重视，我们详予剖析，应属必要。

第五，上述的事实说明：胡全作为歌舞厅总经理，有义务维护企业职工的人身权利，作为王芳的男友，有责任保护女友的人身安全，因此，他出面查询、阻拦对胡全来说属于身份不明的人带走王芳，于公于私，都是正常的，合理的。

第六，上述的事实说明：胡全在查询之时，阻拦之初，有人突然

动手拳击张某某,一下子使争执发展为、演变成扭打,从而失去了用正常的言词把问题解释明白的机会,矛盾陡然升级,这是胡全无法预料到的偶发行为。唯其如此,尽管无论谁打人都属非法,也绝不能让胡全对矛盾激化之后的一系列行为,例如枪声响后的事态发展,统统承担所谓的首要责任。特别应当指出的是,拳击张某某的偶发行为,就足可以否定起诉书中的胡全等人"寻衅滋事"的种种认定,我们断言流氓罪的指控不能成立,在这里也可以得到证明。

第七,上述的事实还说明:事发之初,歌舞厅的几位员工,上下一致,不是一人不只一次地分别向"110"和派出所报警,这充分说明:

(一)他们当时绝不认为张某某是正在依法执行公务的人民警察;

(二)他们那时的判断是,企业的正当经营受到了损害,企业的员工有人受到了侵害,因而要求公安机关予以保护,依靠公安机关处理问题;

(三)他们的做法有助于帮助纠正张某某同志的不法传唤,有利于弄清问题的真相;

(四)因此,他们在公安人员赶到之前,不准张某某等人跑开,自在情理之中,否则,报警岂不失去了意义?

也许有人会问:既然如此,为什么事态竟会发展到调来防暴队,立即扣押胡全等人的结果?这应由事实回答。实际情况是,当时有两个报警,张某某的同事也报了警。一个报的是"打架闹事",一个报的是"手枪被抢"。至于哪一个报警有利于问题的正确解决,相信法庭会作出明断;这与我们的辩护关系甚微,不拟详陈。而我应加说明的是:面对着企业经营场地发生了冲突、骚动、扭打、响枪等等现象,被告人等在情急之中报警,反映着对于人民公安的信赖与拥戴,从而足能否定起诉书中关于所谓"无视国法"、"聚众"

殴打的指控，我们断言流氓罪的指控不能成立，再次得到了证明。世上哪里有这样的“流氓”?!

第八，胡全在事件的全过程中，矛盾激化之后，不仅要人报警，不仅用言词和行动劝阻与制止干警开枪，而且庭审调查中不止一人证实，他曾高呼“不要拿刀”，不准砍人，这些，对防止事态的进一步恶化起到了一定的作用，应请法庭查核并做出相应的估量。

以上，我们围绕本案的事实做了八点说明，集中到一点上就是：起诉书中所讲的干警张永创等四人“依法传唤王芳”，胡全等十四人“公然阻挠公安人员执行公务”，因与实际不符，根本不能成立。明确地说，被告人胡全的行为不发生什么妨害公务的问题。这是我们与公诉人的一个重大的分歧，这是一方面。另一方面，我们也已充分地注意到、认识到公诉机关对被告人胡全没有作出其行为构成“妨害公务罪”的指控，在这个基本点上，我们与公诉人的观点又是一致的。

以下陈述第二个问题。

二、关于案中的“被告人的辩解”。

被告人的辩解，是一种法定的证据。我们注意到，这项证据在案卷材料中所反映的内容与被告人在上午法庭调查中的陈述，有的并不一致。这种情况的产生，一方面是出之于事发现场的混乱与人杂，人们的视线必然受限，不易对每个情况的每一细节都看得十分精确。另一方面则是源于严重、恶劣的刑讯逼供。

下面接着讲第三个问题。

三、张某某的干警身份和他的工作证在本案中的意义和作用。

我对这个问题只说明一个观点：干警身份与工作证，对于执行公务来说，在“五·二三事件”中，不是法定的形式要件，不具有人民大众必须遵从的作用。

研究本案的这个问题，还必须联系当前各地都有假冒公安干

警为非作歹的实际。九天前,8月10日、11日,国家安全部通过媒体通告国人,要提高警惕,防止有人假冒该部工作人员的事件发生。本市今天的报纸公布了前天(17日)有两人冒充公安干警在西蒲打人行凶的事件。正因为有这些情况,国家公安部七年前就发布了《人民警察警容风纪管理办法》,其中不仅明定工作执勤时应穿警服,而且规定了"非因公外出着便服"以便于区别于执行公务。这就说明:张某某着便服,并且未持有与出示法律要求的证明文件,却对人采取强制性措施,这怎么能说明他是干警在执行公务?又有什么理由要求人们都遵从他的举措?我们说,在冲突之中有人喊出"假警察"绝非无理取闹,煽起事端;这个呼喊,今天的调查证明也符合胡全的认识。因此,单凭工作证并不能排除张某某前述行为的不合法性。试想:如果仅凭工作证就可以带人,这必然会使人民失去安全感,一定会损害人民公安在群众中理应享有的尊严和威信!就本案来说,在棕榈滩歌舞厅中的一些工作人员心目当中,张某某那时只是一个强行带人的身份有疑的人,因此发生了被打轻伤的不幸事故,其中的是非与责任是应加全面分析才能得出合情合理的结论的。

审判长:任何权力都必须有制约,否则,人民的权利必受限制或遭剥夺。我们之所以对上述一点作出评价,其故在此。事关法制原则与人民权利,与案件又有直接的重大牵连,不敢不坚持。

有人会说:张某某传唤王芳被打成伤,却被律师断为传唤的行为非法不应受法律保障,这岂不有损人民干警的尊严及其光辉的形象?

诚然,人民大众有责任维护人民公安的形象。但是人民公安的光辉形象归根到底是由其行为与业绩树立起来的。济南交警,其形象何其光辉!那中间凝聚着他们不凡的行动与不朽的业绩,不树而自立!如果本案中的有关干警能从事件中吸取教训,纠正错误,从今而后严肃执法,他们的形象必然也会放出异彩,给本市

的人民留下永不磨灭的深刻印象。

审判长：依据法庭调查和案中证据，只有细致、审慎、如实地考察“五·二三事件”发生、发展、变化及其结局的全过程，把握住这个过程中的每个关键性情节中体现出的案中人的动机、目的、权利、义务、作用、责任，才能对案件作出准确的判断。我们正是从对事件的整体把握中提出了以上所述的几个问题。现在再从法律的角度把各点意见概括如下：

（一）起诉书在一些重要问题上失实，因而定性不准；

（二）张某某的行为自始不是依法执行公务，案中情况不发生也不存在阻挠执行公务问题；

（三）指控胡全犯有“流氓罪”，不符合实际，没有法律依据，根本不能成立。

至于胡全本人应当记取的教训，因与流氓犯罪没有关联，略而不述。

恳请审查，并祈采纳。

1996年8月19日

二审书面辩词

胡案二审合议庭：

获悉胡全上诉案已决定不再开庭审理，谨对一审关于胡案的判决，结合全案情节，向上诉审提出书面意见，为被告人胡全辩护。

一、原判错误，上诉有理

查一审合议庭就胡全一案作出的判决，其基本内容主要为：“被告人胡全……公然藐视法纪，阻挠公安人员执行公务，继而在公共场所殴打公安人员，致二人轻伤，扰乱社会秩序，情节恶劣；……被告人的行为构成流氓罪。”而对其行为涉及的“恶劣”情节则

概括为："胡全作为单位领导，在公安干警遭到殴打时，不仅不予制止，反而积极参与，助长了其他被告人的犯罪气焰，对全案后果负有直接责任。"一审据此断言被告人胡全"应当根据各自的罪责，依法从重处罚"。

上述判决的错误在于：(一)对于案中事实的认定，在主要情节上严重失实，缺乏根据；(二)对于案件的定性，连同涉及的主要问题没有依法，未依准绳。以下将提出论据，陈明论点，论证一审的判决因其犯有以上的错误而不能成立，上诉有理，应请改判。

二、主要论据

(一) 分析胡案涉及的"五·二三棕榈滩事件"，关键在于案中的张某某等公安人员着便装到棕榈滩歌舞厅强行带走女领班王芳，是不是一审判决所判定的"执行公务"。对此，应当首先弄清案中的"公安人员执行公务"的内容。据一审判决的认定，张某某等人执行的公务是"受单位领导指派……传唤王芳"。按照这项公务的内容，依据规定，就必须查明"传唤"是不是遵循了、履行了法定的手续与程序，是不是符合法定的条件。我们注意到：一审判决除在叙述公诉机关的指控时引用了"起诉书"中的"依法传唤"这个说法之外，一审合议庭本身在他的判词中却自始至终不对"传唤"这项"公务"是否"依法"作出判断；说得明确些，一审的判决根本没有认定张某某等人的"传唤"行为属于"依法"。

可是，既未"依法"，而又说是"执行公务"，这就使一审陷入了不能自拔的矛盾的困境。鉴于这个问题在本案中有其突出的意义和作用，必须辩明，以利于协助法庭准确断案，故不得不细陈我们的见解和根据，请严格审查——

第一，依据《刑事诉讼法》第六十三条，传唤应当出于"证明文件"；依据《治安管理处罚条例》第三十四条第二款一项的规定，该项"证明文件"只能是"传唤证"。

第二，张某某等没有使用"传唤证"，业经王芳、胡全分别供述

证明在案，且为张本人提交法庭的“自述”所承认。

第三，根据公安部颁布的《警容风纪管理办法》，执行公务“应着警服”；该《办法》还进一步明确：着便装，是“为了区别于执行公务”。张某某自称执行公务，当时又不具有法定的可以排除的情况，却不着警服，公然地混淆了“公”、“私”，并因此而出现了问题，发生了事端，其责任应由张本人承担。

张某某等没有依法执行公务，问题至此已经明确；然而却未结束。张坚持他“带(着)传唤证”，只是未曾出示；他所在的单位于事发十天后的6月1日，竟然补写了一份题为“传唤王芳说明”的正式材料，认定张等“开具(了)传唤证”，于是一审案卷中就保存了编号为“123”的“传唤证”。不久，即开庭的前四天，该单位的负责人又补了一份“情况说明”，确认该“传唤证是经支队领导批准”。于是一审就以一句“虽未出示‘传唤证’，但其受领导指派执行公务的证据充分确实”，对问题作了判定。这样，问题因判词的误断而复杂，我们便不得不补充说明以下几个更为重要之点，以明真相，兼正视听。

第四，一审判决只能明确张等“虽未出示”传唤证，但却不能回答一个根本性的问题：他当时是否持有合法的“传唤证”？我们认为，作为判决，对此没有理由回避。

第五，事实的真相是：张某某去“传唤”王芳的当时，他根本没有带“传唤证”；卷存的第123号“传唤证”是后补的。当事者王芳在一审法庭上对于有关人员命她在该“传唤证”上倒填时日补造书证的做法有其翔实的供述，参照案卷中的其他的“传唤证”的开具填写情况，应能证实。我们的一审辩词对此有详细的论述，在此不赘。

第六，张某某的所属单位开具的上述“说明”，无可争辩地出之于后补。只是后补者始料不及，这种做法不仅不可能起到证明的作用，而且也没能脱开那“弄巧成拙”的困窘状态。我们当庭提出

的质疑对“说明”的作者倍加照顾,是很有分寸的。倘一定要入人以罪,也只好直言,请二审明察并决断了。

第七,最后还应指出:一审判词中的“虽未出示传唤证”,实质上应为“虽不合法”的含蓄说法;至于“受领导指派执行公务”云云,我们不能不说这是强词夺理。试问:“受领导指派”就可以代替依法执行公务吗?“受领导指派”就可以任意违反法定的手续和程序,那设《刑事诉讼法》第六十三条还有什么作用?无可争辩的是:“受领导指派”而未依法,指派者是也应视其具体情节而承担相应的责任的。任何人都没有特权可以指派下属不依法行政!由此可见,一审判决所说的“证据充分确实”,恰恰证明着张某某及“指派”他的“领导”未依法执行公务的证据既充分又确实。难道不是吗?难道还能提出另一种稍有说服力的说法吗?总括以上各点,应能达到一个结论:不是“依法执行公务”,当然不存在“阻挠执行公务”的问题;一审判词中的“公然藐视法纪”的判定也就失去了根据。

(二)关于“在公共场所聚众殴打公安人员致二人轻伤,扰乱社会秩序情节恶劣”的这段判词,其中的问题也多,以下拟分三点详予申辩:

第一,判词用“继而”总领其后的情节,并拟收到将被告人的行为划分成两个阶段的效果;这么一来,即使“妨害公务”的判词不能成立,那“继而”之后的情节毕竟事出有因;有人被打,二人轻伤,则属查有实据的。然而不对!实际情况是:观察“五·二三事件”的全过程,当事者双方的行为都属一“气”完成,没有阶段性的划分。庭审调查查明的是:强行带人受“阻”之始,殴打行为同时发生;跟着,一方因有“阻”而外跑,一方疑不法分子作乱而急追,互相殴打于此升级,“社会秩序”由此生乱。前因后果,清楚明白。怎么可以欲加人以罪而把过程加以分解割裂呢?

第二,“聚众殴打公安人员”的判词似是而非。

“棕榈滩”是一家企业,按判词说法是一个“单位”,有固定员工

六十余人,"众"已成群,早"聚"于斯,目的仅在于正当经营,服务社会;或能赢得利润,安身立命,绝非为了"殴打":聚众殴打之说,不能成立。判词照搬公诉词的说法,有欠考虑。

再查法律规定。判词中的"殴打"与一审援引适用的刑法第一百六十条明定的"斗殴"并不相同;一字之改,回避了"斗殴"中应有双方的内涵!但是,殴打与"斗殴"不仅是概念上的不同,法律在这里之所以不论"殴打"而规范"斗殴",就正是为了划清罪的"是、非"界限,因而在执法上不容混同。一句话归总,"聚众殴打"不是刑法第一百六十条第一款明定的罪状,不能据之定人犯有"流氓罪"。

至于事件真相,张本人今年8月13日的陈述一再说明那是"打架的事"(中院卷一),合乎实际,一审有何理由不予认定?

第三,判词中的"扰乱社会秩序",分明是刑法第一百五十八条明定的罪名。而该第一百五十八条对侵犯的"社会秩序"的范围乃至侵犯的对象的范围都有其明定的"特指";对被告人胡全的行为当然不能适用。再从另一方面考察,"扰乱社会秩序"也不是"聚众殴打"行为中的"恶劣情节",更何况一审判决又根本未援引第一百五十八条,从这一点出发只能得出一个结论:胡全的行为不构成犯罪!

三、关于犯罪构成

犯罪的认定还需要从法律规定的犯罪构成要件出发,对案件事实作出法律的判断与评价,因此之故,将犯罪构成问题单独列出予以辨析,作为我们的辩护论点能以成立的法律依据。众所周知,犯罪构成要件是判断具体行为是否构成犯罪的标准,而且是缺一不可。细查流氓罪的犯罪构成,姑且不论该罪侵犯的对象通常是"非特定的",这与本案判定的"殴打"对象特指公安干警张某某等人完全不同;依据刑法第一百六十条第一款,构成流氓罪,在客观方面必须有流氓活动,其主要表现形式有"聚众斗殴、寻衅滋事、侮辱妇女"等三种,都应达到"情节恶劣"程度,

至于什么样的行为应断为"情节恶劣"，两高(最高人民法院，最高人民检察院)1984年11月2日以"解答"形式作出的司法解释有具体的说明；其中对"聚众斗殴情节恶劣构成流氓罪的"，规定了五种具体情况，结合本案涉及的"五·二三事件"及胡全的行为，无一与之相关，无一与之符合。通观胡全在事件全过程中的行为，既不是"成帮结伙地斗殴"，又没有"出于私仇争霸"的动机，除他本人的伤势相对较重外，"二人轻伤"也不能认为是"造成(了)严重后果"。总之，胡全的行为因其缺乏客观方面的条件而不构成流氓罪。

再论其主观方面，结合上述的两高"解答"，只能是以凶残下流的手段，故意地对公共秩序施以破坏，行为人明知自己的流氓活动会发生危害社会的结果，并且希望这种结果发生，胡全的行为不具有流氓罪的直接故意这一主观条件。审查他的案中行为，没有哪一项、哪一点可以证实他"明知自己的行为会发生危害社会的结果"，即"破坏公共秩序"的结果。问题很清楚，"五·二三"事件发生时的"公共秩序"，首先包括了"棕榈滩"这个公共场所的经营秩序，他有什么理由使之生乱或者遭到破坏呢？更何况异常情况一经出现，他就立即令人报警，依赖政权来维护公共秩序，这与希望破坏公共秩序的结果发生岂不是风马牛不相及！

还应指出：准确认定行为人的动机与目的，对于分析犯罪构成的主观条件、正确定性有着重要意义。如何认定？一个公认的原则是：只有对行为人的行为历史地、全面地联系起来加以分析，才能得出合乎实际的正确结论。据此研究胡全行为体现出来的动机，仅止于"阻挠"张某某等人带走他的企业的领班王芳，其中并没有实施犯罪行为的内在起因或意识冲动，即没有犯罪动机。至于目的，则无非是为了保护企业职工(女友)的人身安全和企业的正常经营不受非法干扰或侵犯。庭审调查表明：胡

全在经营中从来没有对抗公安人员的行为,此前每“唤”必到。可以设想:张等如持有合法手续执行公务,他肯定不会加以“阻挠”。至于“阻挠”非法行为而采取了过火手段,那绝不是目的本身。总之,胡全的行为不具有流氓罪的目的,也无疑义。

结论:胡全案中行为完全不符合“流氓罪”的构成要件,相关的指控与判决不能成立。

四、判断与请求

综上所述、所辩,通过本案主要事实所反映的“五·二三”事件全过程,结合一审判决援引的法条,研究“流氓罪”的犯罪构成,可以断言:被告人胡全没有流氓犯罪的故意,没有实施“情节恶劣”的“聚众斗殴”的流氓行为;他在阻挠干警没有法定手续而要强行“带人”之时,与之发生争执,并有扭撕、互殴的过火行为,但绝非“公然藐视法纪”,虽有二人轻伤,也够不上危害社会的后果。因此,我们有充足的、无可辩驳的理由重复地说:胡全的案中行为构不上“流氓罪”,一审的错误结论应予推倒。

诉 讼 文 书

检察院起诉书(摘要)

被告人:胡全,男,二十七岁,棕榈滩总经理。

被告人:胡国俊,男,十九岁,棕榈滩收银员。

被告人:刘成山,男,十八岁,棕榈滩传菜员。

被告人:邓继宇,男,二十岁,棕榈滩服务员。

被告人:童伟,男,十八岁,棕榈滩副领班。

被告人:胡玲,女,三十一岁,棕榈滩餐饮部经理。

被告人:王芳,女,十九岁,棕榈滩歌舞厅领班。

被告人:柏伟,男,二十五岁,省行管局汽车修理工。

被告人:蔡俊峰,男,十八岁,棕榈滩传菜员。

被告人:卢俊,男,十七岁,棕榈滩传菜员。

被告人:尹飞,男,二十一岁,棕榈滩收银员。

被告人:侯书友,男,二十一岁,棕榈滩歌舞厅迎宾员。

被告人:陈光明,男,二十五岁,合肥市航运局工人。

被告人:梁德生,男,二十一岁,棕榈滩餐饮部领班。

上列被告人流氓一案,由公安局侦查终结,移送本院审查起诉,经审理查明:

1996年5月23日晚9时左右,市公安局刑警支队一大队干警张某某、向某某、李某某、沈某某(实习生)去棕榈滩歌舞厅依法传唤王芳,在二楼歌舞厅张永创向被告人王芳出示了工作证后带其往外走,在楼梯处,遭到被告人胡全的阻拦,张某某说“我是公安局的,来传唤王芳”,这时,胡全的战友张庆(男,27岁,武警市支队警通中队

副中队长，另案处理）冲上前讲“你是公安局的，我还是武警呢”！说着，即朝张某某脸上打一拳，被告人柏伟也向张打了一拳，胡全夺下张某某的手机往其头上就掼，被告人童伟到歌舞厅叫来邓继宇、胡国俊，邓、胡各持一根铁棍和童伟一起殴打张某某，张某某只得丢下王芳往大门外跑去，胡全叫“不要让他跑了”，被告人胡全、邓继宇、童伟、胡国俊、王芳及张庆随后追撵张某某，被告人刘成山、胡玲、蔡俊峰、卢俊、严飞、侯书友、陈光明、梁德生也相继追出，在棕榈滩大门外，对张某某及向某某、李某某、沈某某进行围攻、殴打。

张庆将向某某摔倒在地，胡全用手机猛砸向某某，胡玲抓住向的衣服，并喊“假刑警，乱抓人”，张某某在几名干警遭多人殴打的紧急情况下，鸣枪示警，刘成山跑回棕榈滩后堂，拿了两把菜刀，边跑边喊“老子砍死你”，胡国俊乘张某某不备用铁棍将手枪打落在地，侯书友捡起手枪，又被胡国俊夺回，胡跑进棕榈滩将手枪藏匿于一楼储藏室，刘成山持刀追上张某某，将张打倒在地，用刀背往张的背部砍一刀，刀被蔡俊峰、卢俊等人夺下。刘成山又用皮带抽打向某某，胡全、胡玲抓住向某某，在刘成山、卢俊、蔡俊峰、严飞、邓继宇、童伟、梁德生的协助下，将向某某拖进棕榈滩一楼大厅，胡全命令放下卷闸门，被告人童伟、邓继宇、刘成山继续殴打、辱骂向某某，接着，增援的公安人员赶到，解救了向某某并找回了被抢的手枪。公安干警向某某、张某某被殴打致伤，经法医鉴定：向某某、张某某所受伤均为轻伤。……

综上所述，被告人胡全、胡国俊……（等十四人），无视国法，公然阻挠公务人员执行公务，继而在公共场所寻衅滋事，聚众殴打公安干警，致使两名干警轻伤，造成社会秩序严重混乱，其行为显已触犯《刑法》第一百六十条第一款之规定，构成流氓罪。……特提起公诉，请依法惩处。

1996 年 7 月 15 日

中级法院判决书(摘要)

公诉机关:人民检察院。

被告人:胡全、胡国俊……等十四人。

检察院于1996年7月15日以胡全等十四人犯流氓罪提起公诉。本院于8月19日公开审理了本案。现已审理终结。

经审理查明,1996年5月22日,市公安局刑警支队干警在侦查某一案件中,需要向在市棕榈滩美食文化娱乐村(以下简称“棕榈滩”)工作的王芳了解情况。次日21时许,该刑警支队干警张某某、向某某、李某某受单位领导指派带实习生沈某某到棕榈滩传唤王芳。到二楼歌舞厅找到王芳后,张某某两次向王芳出示工作证,并说:“我们是公安局的,现在传唤你到公安局。”王芳未提出异议,随张某某往楼下走。行至楼梯拐角处,胡全从包厢内出来,见张带王芳往楼下走,立即追上去。与此同时,被告人童伟到歌舞厅喊被告人胡国俊、邓继宇“快出来,楼下打架了”!胡全追上张某某,即抓住张左肩衣服和右手,质问张是干什么的,要看证件,张答说:“我是刑警队的,传唤王芳到刑警队问话。”张用左手正在掏证件时,张庆(另案处理)冲上前,朝张面部猛击一拳,边打边说:“你是刑警队的,我还是武警呢!”此时,被告人柏伟见张庆动用,亦打张某某一拳,随后离开现场。王芳制止说:“不要打了,是公安局的人!”胡全等人不听,童伟、胡国俊、邓继宇踢打张某某,胡全拽过张某某手中的手机,连续掼在张头部。张挣脱后往楼下跑去。胡全边追边喊:“不要让肇事的跑了!”王芳再次大声制止:“这个人是公安局的,不要追了!”胡国俊、邓继宇、童伟置若罔闻,紧随胡全追出门外。陈光明、卢俊、王芳、严飞、侯书友、梁德生亦随即追出。向某某见有人持棍追撵张某某,上前阻止说:“我们是公安局的,你们想干什么?”说话间,便遭到胡国

俊、邓继宇用铁管猛击，向某某头部、额头被击裂伤。胡全拳击向某某，胡玲逮住向某某胳膊喊："假刑警，乱抓人。"王芳朝向某某胸部打了两拳，胡国俊、刘成山、邓继宇、童伟、侯书友、严飞转身追打，刘成山跑回一楼，拿出两把菜刀。张某某在紧急情况下，掏出手枪制止。胡国俊、邓继宇、童伟、严飞被震慑，退回，但刘成山仍持刀威胁，张不得已鸣枪示警，胡国俊用铁管猛击张持枪右手，手枪落地，被侯书友拣起。接着刘成山用刀背砍击张某某右后背，致张肌肉裂伤六厘米。胡国俊行凶后，夺过侯书友手中的手枪，藏匿。张某某被打倒后，被告人一伙又返回棕榈滩门口，协助胡全、胡玲将向某某拖进棕榈滩大厅，行进中，刘成山用皮带抽打向某某，卢俊、蔡俊峰、邓继宇分别朝向的臀部、腿部踢了一脚。胡全令关上卷闸门。直到公安干警赶到。经法医鉴定：张、向二人伤情属轻伤。

本院认为，胡全作为单位领导，在干警遭到殴打时，不仅不予制止，反而积极参与，助长了其他被告人的犯罪气焰，对全案后果负有直接责任。……

……部分辩护人提出公安干警不是依法执行公务。经查，张某某等四名公安干警在传唤王芳时虽未出示传唤证，但其受领导指派执行公务的证据充分确实。为了维护社会秩序，……打击犯罪，依据《刑法》第一百六十条第一款，第二十二条第一款，第二十三条，第二十四条，第十四条第一款，第三款，第六条，第三十二条，第十条，第六十条，和《刑事诉讼法》第十一条第一项之规定，判决：

胡全、胡国俊，各处有期徒刑五年。

刘成山、邓继宇，各处有期徒刑四年。

严飞、梁德生、柏伟、蔡俊峰、胡玲、卢俊，免予刑事处分。王芳、陈先明无罪。

高级法院裁定书(摘要)

上诉:胡全,胡国俊,邓继宇,童伟,侯书友。

市中级法院审理胡全等十四人流氓一案,于1996年9月26日作出判决,胡全等上列五人不服上诉,本院现已审理终结。

原判认定……

经审理查明……(注:与一审判决同)。

“胡全上诉提出:1.部分事实不符,如:是被对方用手机砸了头才夺过手机;2.定流氓罪不当;3.量刑过重。其辩护人提出:1.公安人员未依法执行公务;2.胡并非寻衅滋事;并非聚众殴打干警;非扰乱社会秩序,不构成流氓罪;3.胡全被手机打中头部才夺的手机。经查,胡全及其辩护人提出是对方用手机打了头才夺手机一节,没有证据印证,不予采信。胡国俊上诉提出……。”

本院认为……(注:与一审判决同),裁定如下:

驳回上诉,维持原判。

1996年12月20日

曹海鑫“杀人案”

十位文化名人披露郑州冤案

1998年9月25日上午，郑州市金水区祭城乡常砦村所辖七个自然村之一的西韩砦村村民组组长曹海鑫被押赴刑场处死。方成、李普、杜导正、邵燕祥、张思之、张黎群、牧惠、谢和赓、蓝翎、戴煌十位文化界名人认为是冤死。《今日名流》1999年第三期刊发了他们调研后写出的报道。

在曹海鑫被选为村民组长之前，原组长曹新豹可谓当地一霸。他假公济私，把全村七十多亩地转让后所得的2490多万元，几乎挥霍浪费殆尽。

于是有胆大者向上举报。但很快就得知举报内容的曹新豹当众扬言说：“谁想告就去告！公检法里我都很过（注：‘很过’是河南土话，表示关系‘很铁’，等于北京话‘铁哥们儿’），就是判了死罪也杀不了头！”

1995年4月11日，西韩砦民主选举，曹新豹的三弟曹新春及亲信败北，曹海鑫当选为村民组长。此后，曹新春几次放言：“我一定要收拾掉曹海鑫，多则半年，少则两月，让他村民组长当不成！”

然而曹海鑫们并没有被打击威胁吓得向后缩，他们照样自己或配合区纪检委、监察局的干部核查曹新豹的账，直查得把集体财产2000多万元蛀空对不上账的曹新豹张口结舌。就在核查工作正在深入进展时，曹新豹任期内的村会计曹全来逃跑了，总账没法

查个水落石出，但还是查出不少疑问。

此举引发了曹新豹、曹新春家族及其团伙的嫉恨，于是由曹新春、张月娥夫妇出面，借村里装水表这样的小事酿成事端——

9月28日晚上10点多，曹新春带着曹新建、贾勇、张月娥闯进曹海鑫家。曹海鑫吃惊地问："来干啥?"曹新春就大吼一声："水表咋弄的？全村都安了，为啥不给我安?"曹海鑫说："正安着呢。"曹新春迫不及待地骂道："打他个龟孙子。"说着几个人就围着曹海鑫猛打。执意行凶的曹新春、曹新建、贾勇操起院内的平头铁锨、掰开小木梯的边木架向楼上追打，并追到楼上。曹海鑫见情势危急，寡不敌众，迫不得已操起室内的猎枪，意欲吓走这伙歹徒。但这伙歹徒和张月娥围上来夺取猎枪，在争夺中导致枪响走火，误中正夺着枪管的曹新春的腹部，曹新春当即倒在地板上。当天夜里，在医院中被抢救的曹新春因失血过多而死。

第二天一早，惊闻事件后果的祭城乡副乡长阎振新出口就说："这是曹新春自己找事去的。"村里具有正义感的村民更明白无误地说："这是曹新春咎由自取，死了活该！"

可是，当地的一些公安干警并不这样看。他们不向在场的人询问事发的全部经过，而只问曹海鑫是如何"开枪"杀死曹新春的。更令人惊奇的是，现场证物在审案时都被隐匿不见，对证言也都尽量用张月娥、曹新建、贾勇们的。

于是，在曹海鑫被拘留、被逮捕之后长达三个月的所谓"预审"中，"预审"者完全避讳了曹新豹、曹新春家族引发的矛盾和事发的真相，悍然作出了"曹海鑫仅因村民间的一般纠纷，故意开枪杀人"的结论。

1996年6月13日，法院开庭审理此案。令曹海鑫及其辩护人原士华律师和陆咏歌律师惊异不已的是，这个法庭完全背离了"以事实为依据、以法律为准绳"的原则。

村民们多次成群结队地上访执法机关和省委、省政府，并上书

省委及新闻机构。1996 年 11 月 14 日，新华社发了题为《郑州对一杀人案的审理引发村民聚众上访》的参阅稿。时任中共中央书记处书记、中央政法委书记、最高人民法院院长的任建新看到了这篇参阅稿件，立即批示河南省委、省政法委和省法院对此案要“慎重处理”；但有关方面的负责人却不以为然。

1997 年5 月 16 日，法院悍然对曹海鑫下了死刑《判决书》。于是西韩砦村民再次掀起上访高潮。1997 年 6 月 1 日，新华社又发出了关于此案的第二篇参阅稿——《郑州一起命案的判决引起近百名农民请愿》，报道了西韩砦村民对法院判处曹海鑫死刑表示强烈不满。对这篇稿件，当时的司法部长肖扬与最高法院、最高检察院的负责人都向有关部门作了批示，望他们一定要尊重事实依法办案；但有关部门负责人照样对这些批示不当一回事。

事态紧急，新华社老记者戴煌等于 7 月 12 日又写出了一篇《郑州对一起命案的审判存在问题》的稿件。为挽救一个人的性命，纠正断案不公、揭露司法腐败，连发三篇高层参阅稿，是新华社历史上从未有过的。

7 月 17 日，看到了这篇参阅稿的最高法院主管刑事案件的副院长刘家琛在电话中对戴煌说，上一次的参阅稿已批过，已干预，要河南省高院上报，由最高法院定夺，“不会杀的”。不日，最高法院就从河南省高院调来了案卷。

然而，1998 年 9 月 25 日，中级法院根据省高级法院 9 月 1 日下达的“驳回上诉，维持原判，本裁定为终审裁定”的《刑事裁定书》，对曹海鑫执行了死刑。这一天，被执行死刑的共有九人，但法院对曹海鑫也被执行死刑一事一直讳莫如深，极其诡秘：在事先印就的《宣判词》中，只列有其他八个人的名字及其罪行，不提曹海鑫。9 月 25 日早上，曹海鑫和那八名死刑犯被押往中级法院审判庭，宣布执行死刑时，在早就打印好的那份《宣判词》之外临时补上

了曹海鑫的名字。然后,一共四十辆汽车和五辆摩托车的庞大车队,驶向刑场。9时许,曹海鑫被剥夺了生命。

——原载1999年3月15日《报刊文摘》

申 诉 书 状

申诉状

申诉人：姜玉春，女，冤魂曹海鑫之妻，住河南郑州金水区西韩寨村

代理律师：张思之、傅可心

事由：

省高级人民法院裁定书，全部、充分地肯定一审就“曹海鑫杀人案”所作的歪曲事实，枉杀无辜的判决，包庇肇事者，加罪被告人，对被告人曹海鑫处以死刑。谨依法提起申诉，恳请纠正错误，为民昭雪，以彰国法。

主要理由如下：

一、本案的主要事实是：9 月 28 日晚，曹新春一伙于酗酒之后，奔曹海鑫家闹事。开门的同时，拉出便打。曹海鑫逃向卧室，张月娥跟进，曹妻锁门报警，曹新春等人随即追至，破门而入，曹海鑫取出猎枪自卫，双方在夺抢中不幸走火，弹中曹新春，送医不治。凡此均有证可据。

二、本案的关键在于：案中的“被害人”曹新春生前有没有对本案被告人曹海鑫实施暴力进行非法侵害；与此相关，曹海鑫的取枪自卫是否合于法律规定的正当防卫。谨分别申明于下：

（一）一审判决对于案件的起始情节这样“认定”：“在曹海鑫家院内，曹新春及其妻张月娥与被告人曹海鑫及其妻姜玉春发生争执并撕打”。要言之，即：双方有“争执”，同时（由“并”可知）发生了“撕打”行为——至于是相互撕打，或是一方对另一方的撕打，并

不明确。但从判词下文的“被告人(曹海鑫)见状,即从院内跑回”,应能说明被告本人仅止于“见状”,即仅“见”来者其势汹汹之“状”,而并未动手“撕打”。先陈“互相争执”,对此除加害人一方的陈述外,别无证据;而在场的局外人姜雨清三次作证说明当时情景是:“(骂人的)声音没落,就听到打人的声音”,局外人王仁东的证言说的是:曹海鑫听见门外有人,一开门,问来者“干啥来?”话音未落,就被来人拉着领子往外拖,“三、四个人围着(便)打”,仅有“撕打”,哪有“争执”?辩护律师向法庭如实地说明了案发的近因与导火索,是由于曹新春一伙人的寻衅滋事,并举出证人证明:曹新春当天晚上在酒场上声言:“兄弟们今天喝得劲,今天晚上找海鑫弄事,不中就打。”当晚这一伙人一下子就灌了十三瓶“赊店牌”白酒。第十三瓶白酒入肚,曹新春发话:“走!去弄曹海鑫,不打海鑫不算人!……谁有种跟我去!”之后,聚五人之众,兵发曹海鑫住宅。事实是来者不善,而且是谋划在先。曹海鑫开门送客,适值寻衅者闹上门来,突然被袭,所谓“争执”,实属臆断!

至于二审裁定改一审判决中的“并撕打”为“欲厮打”,意在偏袒,至为明显,暂且不论。

(二)据一审判决的“认定”,“撕打”之后,事态有新的发展,即:“曹新春追到二楼踩门而入(曹海鑫之室)”。“踩”非“敲”,属暴力,当然非法,何况还有“砍”!于是,高院裁定将“踩门而入”改为“踩门欲入”,止于“欲”,但未“入”;这一字之改,再次用“欲”,更是偏袒,意在加罪被告人,对“踩门”(且不说还有人用铁锨“砍”)这样的暴力行为在案中的意义与作用不加审理,不去查明,不予认定,足以说明。

(三)据《起诉书》,曹新春那时已“冲进二楼客厅”,不仅已入——即“进”,而且是“冲”,如实地反映出暴力实施者凶不可挡的气势。两级法院都对“冲进”加以回避,可是即使硬否“冲”的存在,又怎么解释法院裁决肯定的“当曹新春追到二楼”这个情节里的

"追"的含义？人已逃，又是事出于一般"民间纠纷"，为什么非"追"不可，继之以"踩门"施暴？经勘查，门上还有硬器砍击的痕迹，裂纹长达30厘米，证明有"砍门"的暴烈行为。当时的现场正有铁锹一把，"勘查笔录"对此有明白无误的记载，并有现场照片与证言旁证，怎能抹杀？

总之，曹新春的暴力行为有证为据，无可否认。

退一步说，即使法官"认定"的"争执—厮打—'欲人'"这些情节统统成立，在对方寡不敌众的情况下，"此时"夜深人寂，加害者又有什么理由非要聚众侵人人家的私宅居室？这种行为难道没有触犯《刑法》第二百四十五条的规定？对于这种暴力行为施以抵御，难道不是正当防卫？

(四) 关键性的情节无疑是"开枪杀人"。一审判决的认定是："曹新春追到二楼踩门而入，被告人曹海鑫即开枪照曹新春的腹部猛击一枪。"其中的"开枪照……腹部猛击"，词意含混，不合事理，"开枪"与"照"某部位之间似有难解之谜或难言之隐，特别是"猛击"的断定不知从何测得？于是高院又下笔改了。二审裁定说的是："当曹新春……踩门欲入时，被告人曹海鑫即持枪照曹新春腹部开了一枪"。这一改，情节"明确"了，是：被告人瞄准("照")人腹部开枪，故意杀人成立；根本不发生防卫问题，遑论正当！

然而二审犯了更大更重的错误！既然曹新春当时是"欲入"而未入，曹海鑫如果没有透视并能明察的特异功能，怎能做到瞄准目标，"照"人腹部开枪命中；更何况经勘察二楼客厅门上并无弹孔、弹痕，这颗子弹何能飞越大门钻入人体？

"持枪"之说，其实也是一审判词根本没有的情节。二审裁定着一"持"字，双方"夺"枪这一至关重要的情节自然地就化为乌有了。

可是，枪响于夺枪之中是有证可查的！

二审裁定断言："现场目击人均证实枪响在前，众人夺枪在

后”，弦外之音是：故意杀人成立。然而这又是一个武断的裁决！

第一，“枪响在前”，不能说明枪是怎么响的，更不能说明被告人有杀人的故意。

第二，“目击者均证实”之说，与实际不符。举例说，“目击者”曹海强的证词说：“我看见胡文霞、……俺哥六个人在夺一把长枪。”他说：“我绝对是在枪响之前到的（现场）。”这份证词与他前此的证言和书面证词互相一致。即使因作证者与曹海鑫有亲情而不予采信，我们再来看看另一个“目击者”胡文霞在事发次日即9月29日上午8时20分至10时30分提供的证言，她说：“我也上楼了。我进屋后，看到曹海鑫站在大厅门口三四米的地方，手里端着枪，新建、新伟、贾勇（胡文霞之子）、月娥几个人在和海鑫夺枪。”公安人员问她：“曹海鑫是怎样拿着枪的？”她作证说：“曹海鑫用两手端着枪。我看见月娥（曹新春之妻）他们几个人抓住枪管和中间部分，具体什么部位，我看的不十分清楚。”这些证言与曹海鑫的多次

供述互相一致，极为可信。不料就在同一天的晚上10时至10时50分她又第二次作证，全盘推翻前证，换了个说法，她说：“我回忆我在楼下给一个男的说话，我以为他是小春（即曹新春），其实他不是。因为他当时都没理我。我上楼时见他们四人夺枪。”她说：“我想起来，枪响时我没有在楼上。”公安人员问她上午的证言算不算数，她回答说：“我早上时脑子可乱，我当时都吓迷了，也不知是咋说的。我今天睡了一天，我好好想了想，我想起来，枪响时我没有在楼上。”

证人可以修正证言，关键在于哪一项证言符合事理，合于实际。胡文霞的头一个证言说的都是看，看到或者看见，名副其实的“目击”；而后一个证言说的却是“想”，是“忆”。何者可信，人们自会分析判断；但最关重要的却是其他证据的参照。我们不得不辩的是：被告人的供述作为证据的一种，既然与曹海强、胡文霞的首次证词相互一致，应认为这些证据可信难道不是合理合法的吗？

三、两级法院对于案中证据的审查严重违法，或者失实。分述如下：

（一）关于案中的重要物证的审核。

物证应当庭出示“原物”，经过辨认查证属实。一审法院未准被告人“辨认猎枪、弹壳原物”，本不合法；二审裁定承认“属实”，但又以“让其辨认了原物的照片”搪塞，甚至说“且其当庭也未提出异议”为一审的非法做法打掩护。当事人未提异议，就可以不执法，真不知这是谁家逻辑！！

（二）关于鉴定结论的审核。

首要关键无疑是附于“猎枪”之上的“指纹鉴定”，两级法院对此都未审查。据侦查机关出具的证明：“猎枪扳机上未发现有鉴定价值的指纹”。有指纹，但没有“鉴定价值”！这是什么意思呢？据常理，看来只能是扳机上的指纹紊乱，不属于一人。果如此，那又怎么能证明是曹海鑫扣动了扳机“照（人）腹部开枪”致人于死呢？也就是说，子弹究竟由谁又怎样使它出的膛，根本没有审清理明！既如此，怎么可以断言曹海鑫杀人？

其次是“尸检报告”。这在“杀人案”中当然也是重要证据，不应不查。尽管尸体上的弹孔很难测得是否“猛击”所致，但应能测知枪击的距离与角度，这在本案中有其重大的意义。申请核查，冀得补救。

（三）关于案中证言的审核。

高院裁定说“原审对卷中能证明案件真实情况的证人证言，均在法庭上进行了宣读、质证”，但是，有些证言未在庭上宣读、质证，又凭什么就断定不能证明真实情况？如果审理之先就已确定了证言虚假可不当庭质证，那要《刑事诉讼法》何用？尤为严重的是，曹海鑫的一楼房客陈玉霞，因距事发现场最近，目睹耳闻，至为清晰。当晚也曾被公安人员询问，但她的证言笔录卷中不见，跟着又突然仓皇迁居，审理中竟然也不找寻查证。这是本案证据上的一大疏

漏，因其重要，至盼补救，以利于更进一步地说明与核实真相。

四、以上，从事实和证据上申明了我们的论点，以下再从法律上提出申辩——

（一）刑法第二十条对正当防卫、防卫过当和无限防卫分三款作了规定。与本案密切相关值得认真考虑的是该条第三款。该款规定："对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡和其他后果的，不属于防卫过当，不负刑事责任。"这是新刑法对原刑法的重要补正。旨在鼓励人们与不法的暴力侵害进行斗争。本案不法侵害人纠聚数人之众，深夜侵入私宅，实施暴力，严重危及被侵害者的人身安全，在此情况下，取枪自卫，夺枪走火，弹中不法侵害人，显然不应承担刑事责任。

（二）再研究一个与曹案发生于同一时期的杀人案例：

梁随生与人口角。对方聚集六七人来梁家"算账"，未及进门，

梁即用猎枪对着民警李喜文开了一枪，命中死亡。来者逃散，梁追出，又开枪打死一人。跟着再发一枪，击中杨某肾脏，急送医院得救。事后，梁伪造现场，企图嫁祸于死者，未得逞。故意杀人，二死一伤，郑州中院于 1997 年 4 月判处梁随生死刑缓期两年执行。一个月后，该院却宣判曹海鑫死刑立即执行。两相比较，对于曹案的判决确属错误不是由此可见了吗？

杀人宜慎，是中央的一贯政策，是我国《刑法》贯彻的基本原则，河南法院没有理由不认真贯彻执行。恳请复查，依法纠正。

1999 年 1 月 12 日

申请抗诉状

申请人：姜玉春，冤案被告人曹海鑫之妻，河南郑州金水区西

韩寨村

代理人:张思之、傅可心律师

事　由:申请对高院枉法判处曹海鑫死刑案提起抗诉。

理　由:省高级法院裁定书,编织罪状,歪曲事实,回避真相,蓄意枉法,包庇肇事者,加罪被告人,排斥广大村民呼声,拒绝正确舆论监督,居然裁决曹海鑫死刑,并采用诡密手段予以执行。申请人依法于1999年1月12日提出申诉,该院置若罔闻,至今不立案重审,公然违反最高人民法院《法释(1998)23号》文件关于申诉应在三个月内至迟不得超过六个月必须做出决定的规定,剥夺了人民依法享有的申诉权利,极其恶劣。事关法治,情涉人命,谨依据《刑事诉讼法》第二〇三条和《人民检察院刑事诉讼规则》相关条款的规定,提出申请,请求依法抗诉,为民昭雪,维护国法,警诫违法者。

谨根据事实,分陈案中问题和具体理由,如下——

(一)基本案情

1995年9月28日晚,曹新春一伙酗酒,饮白酒十三瓶后借口"水表未安"奔村民组长曹海鑫家闹事。恰值曹海鑫送客,开门的同时便被扭住殴打,被送的客人同时被殴。曹逃回卧室,曹新春之妻张月娥紧紧跟进,海鑫之妻关门报警未果,曹新春等人持铁锨随即追至,破门而入。曹海鑫取出猎枪自卫,双方夺枪不幸走火,弹中曹新春,急急送医,因失血过多不治。

(二)社会反映与最高意见

案经市中院于1996年6月13日开庭审理,因明显不公,群众激愤,舆论哗然。村民为防止发生冤案,集体上访,除揭示真相外,向当局说明曹新春"9·28"之死实因他蓄意寻衅闹事而起,同时揭示了曹新春一家的经济犯罪问题及其与寻衅的关系。

五个月后,1996年11月14日,新华社河南分社发出题为《郑州对一杀人案的审理引发村民聚众上访》的《国内动态清样》。

1997 年 5 月 16 日，一审判处曹海鑫死刑。6 月 1 日，新华社又发《国内动态清样》:《郑州一起命案的判决引起百名农民请愿》。新华总社离休记者戴煌应河南分社之请致函当时的最高法院任建新院长"请刀下留人"！随即又与《法制日报》等媒体的三位记者一道南下实地调查。新华社根据调查的事实，于 7 月 12 日发出第三篇《国内动态清样》(附页)——《郑州对一起命案的审判存在问题》，集中地揭示出曹案真相与实质。

1998 年 9 月 28 日，曹海鑫被执行死刑。11 月，居住北京的十位文化人士著文公开揭露曹案审判不公，说明问题的严重性质，杂志《今日名流》1999 年第三期全文刊发。5 月，《社会专刊》编发《郑州冤案震动京华》专辑，除转载《今日名流》文章外，还发表了《特别访谈》、《专家视角》以及《一份编织罪状、错漏百出的终审裁定之辨析》专论，从各个角度剖析了对于曹案的法律见解，观点正确，不容置辩，反映强烈，影响深远。转载的媒体先后有十余家，难以计数的声援信件飞到北京！

1999 年 1 月 7 日，最高法院派出调查组去郑州，针对上述文章内容找原公检法办案人员"座谈核实"。三日后，1 月 11 日，最高刑一庭忽然给新华社发出(1999)刑一第二〇四号函，对"戴煌等人先后三次在新华社《国内动态清样》上反映被告人曹海鑫故意杀人案，……对曹不能判处死刑"等问题做出"说明"，其中对于"犯罪事实部分"的交代是——

"在曹海鑫家院内，……为安装水管之事发生争执并撕打，曹海鑫即转身跑回自家的二楼卧室，……当曹新春追到二楼踹门进房时，曹海鑫即持枪朝其腹部开了一枪，致曹新春当场死亡。"

公函列专节说明"对戴煌等人反映问题的审查情况"，其中，至关重要的是说："刑事技术鉴定结论证实曹新春左上腹创口系猎枪近距离射击所致。"诚然，查创口可以测知弹击距离远近，但这个距离本身并不能说明弹击何由发生的其他情况。更为重要的是，鉴

定可以证实"创口系猎枪(弹中某部)所致",至于"弹中"是出于"射击"或"走火",鉴定却无能证实！以"鉴定"之名,行定性加罪之实,纵称"结论",也属无效,因其已从根本上失去了证据的性质。1999年1月14日调查结束,写出与原办案人员的口径完全一致的《调查报告》。3月15日,河南省高院分别致函《今日名流》与《法律与生活》编辑部,传达调查结果"证明案件处理并无不当,(戴等)文章中反映问题严重失实。"公开提出"戴煌等人……一再散布谣言,这究竟是在为司法公正呐喊,还是在包庇、偏袒杀人凶手?"

省院色厉如此,在于有恃无恐,根子在上头。早在二审期间,最高法院就对曹案作了两点批复。一是"曹海鑫犯故意杀人罪的事实清楚,证据确实充分,无法定从轻情节";二是"由你院自行处理"。这无非是说"故意杀人",其罪当诛;如何处理,你们看着办,责任自负。总之,批复起撑腰作用,相当明确,无可怀疑。

(三) 本案焦点与法院错误

本案焦点在于:曹新春有无对曹海鑫实施暴力进行非法侵害,与此相关,曹海鑫凭猎枪抵御是否正当防卫。分述如下:

第一,曹新春的行为是否实施暴力侵害,涉及以下情节:

1. 案发起始情节。对此,三级法院有三种说法。一审认定为:"(双方)发生争执并撕打;二审修改为:"发生争执欲厮(非撕)打;最高的说法是:"曹新春夫妇与曹海鑫为安水管子发生争执厮打"。

三种说法的共同点是:双方发生了"争执"。但从在场两个局外人姜雨青和王仁东几次证言来看,当时曹海鑫听见门外有人,一开门,问来者"干啥来?"话音未落,就被"三四个人围着(便)打"。仅见"撕打",何来"争执"?

三种说法,在"打"这个关键环节上又很不相同。一审认定,争执的同时就发生了"撕打",但未实指是相互撕打或是一方对另一方撕打;二审的说法是"欲厮打",把一审的"并"换成"欲",说明

"打"未发生,只是"想着"动手而已,从而就谈不上"防卫"。谁在"想"呢?双方都想,"厮打"可见。最高的判断又有不同,说的是"厮打"已然"发生",而且是二比一,一方为曹新春夫妇,一方是曹海鑫。意思似乎更进一层,既属厮打,即对打,如有过错,自应"平分秋色",还谈什么"防卫"?

然而三级法院三种说法,其中矛盾又非常尖锐,试问该如何解释呢?须知这是死刑案中重要情节,怎么可以听任这样随意?万幸的是:曹海鑫除挨打之外没有还过一足一手,又为三家一致承认!在这里,侵犯与受害,一开始就清楚了。

2. 曹海鑫见来者不善,迅速跑回卧室,张月娥、曹新春等人先后追至。这个情节为三级法院一致肯定。那么,即使双方有了点"民间纠纷",人已"逃",为何一定要"追"?追,属主动出击,是继续侵害的重要步骤。

3. 曹海鑫逃入卧室,其妻避祸锁门,曹新春此时行为,三级法

院的说法也有分歧:一审认定为"追到二楼跺门而入";二审改为"跺门欲入";最高法院本身却有三种说法:刑一庭在其致新华社公函中先说是"追到二楼踹门进房时",下文不顾前言改成"踹门欲进";而院方断言是:"追到二楼跺开门时",只认定"门"的开合,并不论"人"是"欲进"还是"(已)入"了。

可以不研究三家的四个歧说,关键是:他们一致认可的"跺"或"踹",都不是"敲",属暴力。据现场勘查,门裂三十厘米,可见破门的强度,这是曹新春得以"冲进"(据《起诉书》的认定)的重要条件,不法侵犯至此已然构成。

4. 对于以上情节,最高刑一庭在致新华社公函中作了概括:"双方为此发生争执撕打,曹海鑫先跑回自家楼上后,张月娥追赶上去,曹新春又踹门欲进,可以说被害者在当时是不够冷静的,有过激行为。"刑一庭把前文认定的"踹门进房"在这里改成"欲进",意在表明虽有过错并不"严重",可是这不仅与"过激"很不协调,而

且不能说明既是“欲进”，又怎会发生隔门“照其腹部开了一枪”的情况？要害在于“有过激行为”！

5. 我们注意到，三级法院都回避、否定死者一伙人侵私宅使用铁锨砍门并持锨闯入情节。对此，被告人的律师一再举证说明：曹家二楼门上，分明有硬器砍击痕迹，据勘察，门上裂纹长达30厘米，证明不仅有踹门事实，而且有“砍门”的暴烈行为。勘查笔录也分明记着“门内地上有铁锨一把”，且有照片为证。然而出乎人们意料，在铁证如山条件下，最高在几经调查阅卷之后，居然得出这样结论：“铁锨究竟是放在大门口还是住室西边，曹海鑫与姜玉春的说法不一，(用锨砍门的)情节没有证据支持和事实依据”。事关人侵私宅的“受害人”实施暴力的方式与强度，以及被侵害一方有无“防卫”必要这样的原则性问题，最高的这种无公正可言的态度不能不说是造成本案大错的重要根源！

总起来说，深夜聚众，暴力入侵私宅，行为已达“过激”程度，不法人侵者没有任何正当理由可以不承担过错责任。无论谁作出相反结论，都应承担相应的枉法责任！

第二，曹海鑫取猎枪自卫，情属正当，不幸走火，误伤他人，不负刑责，涉及以下情节：

1. 关于“照曹新春开枪”。这无疑是本案最重要情节。对此，一审认定是：曹新春入室，被告人“照(其)腹部猛击一枪”。

二审认定：“当曹新春跺门欲入时，曹海鑫持枪照(其)腹部开了一枪”。

最高刑一庭虽有“进房”及“欲进”两种说法，但都肯定是“照腹部开枪”；而最高院方的意见则是：“曹新春追到二楼跺开门时，曹海鑫持枪照(他)开了一枪”。

三家的认定，无不与“定性”有关：地方法院及最高刑一庭的“照腹部开枪”说，或能说明有“伤人”的故意，但因所“照”非致命部位故决无剥夺生命及“杀人”的故意，又至为明显。最高院方看出

了破绽，排除“照腹”说，干脆断为照人开枪，于是“杀人”故意或可成立。至于何时“开枪”，二审认定为死者“踩门欲入时”，但“欲入”又与“照(人)开枪”实在有违常识常理，显见为主观臆测，怎么能够成立！至于一审“猛击”之断，纯属编造，也就无须深究了。

2. 关于曹海鑫“持枪”。经查，起诉书与一审判决都没有这种认定，二审裁定篡改“原判认定”，加入了“持枪”情节并为最高认同。

持“持枪”说的妙处在于悄悄地排斥了“夺枪”说。关于“夺枪”，被告人律师根据证言向法庭作了说明。我们注意到证人证言互不一致且未经质证，暂不辨析。但应指出：既是一人“持枪”枪上不可能没有持枪人的指纹，案中的指纹鉴定结论却恰恰不能作出这种判断，如此重要的证据，作为死刑判决，怎么可以弃之不论根本不予考虑？

3. 关于“夺枪”。这是一、二两审都没有查清的情节。一审取回避态度，判词不提，若无其事。二审根本不理会律师就此提出的论据，而针对被告人上诉意见加以驳斥，说“现场目击人均证实枪响在前，众人夺枪在后，故其所诉……的理由不能成立。”

这个断语不能说明以下两个问题：一是所谓“枪响在前”，不能表明枪由何人用何种方法致“响”的行为与“犯罪”有内在的关系；二是“枪响”之说无论如何反映不出“肇事者”或致响者有杀人的主观故意。以此定罪，过于武断。客观事实不支持二审的判决。首先是所谓“目击人均证实”的断语很不真实。当时在场目击人姜玉春有证词未予“证实”便是明证。

其次是，曹海鑫对门邻居曹美菊和周谦甫曾分别提出证明，说他们当时听见曹家有人喊叫，透过窗户看见有好几个人包括曹新春在夺东西，急忙往曹家跑，刚下楼就听到一声枪响。这无疑是重要证词，不知何以两级法院都不审不查？但“夺枪”的事实不能轻

易否定又毋庸置疑。

再次是,最高刑一庭提出技术鉴定"证实曹新春左上腹创口系猎枪近距离射击所致",意在肯定"射击"行为的发生。但距离"近"到什么地步又未作出具体测量,而据参与鉴定的法医表示:死者离枪口之"近"至多只有三十厘米。试作模拟,便能察知这正是"夺枪"的表现而决非"持枪射击"的反映!刑一庭的"近距离"在无意中接近了事物的实际。

有必要补充说明的是:"创口"在"左上腹",也符合"夺枪"所致的情况,决不是"持枪射击"故意杀人的特征!

最后还应指出:法院之所以采信"射击"说而批驳"夺枪"之辩,是因为受害者几个证人"证言一致并且稳定",然而这根本不符合实际情况。从卷中材料分析,那几个证人证言不仅互有分歧,甚至还有自相矛盾的说法。限于未经法庭质证,在此也暂不逐一剖析了。

概括以上诸点,可以得出两个密不可分的结论:第一、曹新春的行为构成不法侵害,而且表现"过激";第二、曹海鑫的取枪防卫,行为正当,决无"开枪杀人"的故意,无论发生什么后果,依法都不应承担刑事责任。

(四)一二审法院在程序上严重违法。

第一,法院裁判,基本的证据是"受害人"一方证词,这些都被视为"卷中能证明案件的真实情况,(故)均在法庭上进行了宣读、质证"。但是,另外对被告人有利的证言,虽经辩方一再依法请求,都不准在庭上宣读。那么,既未质证又据何而知它们不能证明真实情况,而审理之先就对证言取偏信态度,那就只能听凭法官"自由心证"了,这置《刑事诉讼法》于何地?

还有,一审判决说:"上述(开枪猛击,致人死亡的)事实,……从证人……姜玉春、王仁东等人的证言(可得到)相互印证"。请仔细审查一下这些证言罢!他们所证的,恰恰是暴力侵犯确实存在,

曹海鑫出于被迫正当防卫，其中有哪一点哪一句可以用来"印证"故意杀人的"作案情节"呢？如此歪曲证言，混淆是非，意在加罪无辜，二审对此应能明察，然而并不纠正，蓄意枉判，只有依法抗诉才能还司法以公正！

第二，关于鉴定结论。

首先是"指纹鉴定"，据结论："猎枪扳机上未发现有鉴定价值的指纹。"有指纹可查，但没有"鉴定价值"！这只有一个解释，扳机上指纹紊乱，或者根本查不出有被告人指纹，或者不属一人。果如此，那又凭什么证明是被告人扣动扳机"照(腹)开枪"致人于死呢？换句话说，作为"杀人"案件，子弹究竟由谁又怎样使它出膛，既未审清也未查明，却断为被告"杀人"且处以极刑！如此判案，何其荒谬，何等荒唐！依法抗诉，实在情理之中。

其次是"尸检报告"。审理中对此不查。众所周知，尸体上弹孔很难测得是否"猛击"所致，但应能测知枪击的距离与角度，这在本案中自有其重大价值；但一审不理，二审不查，这无疑应当补救，可惜最高也未予以匡正。

第三，关于物证的审核。

这里涉及两个问题：一是"死者"一伙人侵私宅所持铁锨，前已陈明证据显示分明倒于现场地板，法院竟然或予否认或者回避，辩方提出审核，也不理睬，偏袒如此，实在费解。

二是一审法庭未准被告人"辨认猎枪、弹壳原物"，二审以"辨认了原物的照片"，庇护其错误，甚至居然在终审裁定中说出"且其当庭也未提出异议"为之搪塞。当事人未提异议就可以不依法办案，这是谁家逻辑？猎枪作为"杀人案"重要物证，应随卷移送，却以"照片"取代，人们有理由提问：猎枪原物哪里去了？为什么不能移交法庭？

第四，死刑执行中的诡秘手段。

9月25日执行死刑的"罪犯"共九人，但法院事先印成的《宣

判词》中只有八人，没有曹海鑫。早于9月16日印出“保密十天”的“宣判大会车辆排列表”，刑车中死刑犯也是只有八个人，没有曹海鑫。9月25日上午曹海鑫等“九名死刑犯”被执行之后，下午出版的《郑州晚报》发表《我市召开公判大会，九名罪犯今被处决》的消息，行文中仍然只有八人而没有曹海鑫！

对此，省高院以最高有“应注意做好群众工作，防止上访影响社会稳定”批示为借口，意在说明上述反常做法有理有据。可是，我们的人民大众何时对法院的正确判决有过对抗而需用诡秘手段“做好工作”呢？

应当提出：(××)法院枉杀无辜决非此一例，他们当年所作的检查与保证言犹在耳；(××)法院以诡秘方式行刑也决非这一遭，他们至今仍坚持错误不以为非。遵循《人民检察院刑事诉讼规则》第三九七条第六项的规定，“人民法院在审理过程中严重违反法律规定的诉讼程序的”应当“提出抗诉”。仅从程序上考察，申请人的申诉也是有法可依合于实际的。我们至盼最高检排除一切干扰，严肃执法，最终使无罪者冤情获得昭雪，使神圣国法得到维护！我们对国家的审判监督制度充满信心。

此致

最高人民检察院

2000年4月1日

附件：1.《社会专刊》。内有相关材料。

2. 最高法院党组致中央领导的报告。

3. 最高法院的《调查报告》。

4. 最高法院刑一庭致新华社函。

（均略）

诉 讼 文 书

检察院起诉书(摘要)

被告人曹海鑫故意杀人一案,经市公安局侦查终结于1996年1月11日以故意杀人罪移送本院审查起诉。现查明:

1995年9月28日晚10时许,郑州市金水区祭城乡西韩砦村村民曹新春夫妇前往被告人曹海鑫家谈安装水管一事,同时,村民曹新建、贾永亦随后同去其间,在被告人曹海鑫家院内与被告人曹海鑫及其妻姜玉春发生争执并撕打,被告人曹海鑫见状,即从院内跑回自己的二楼卧室,取出本人的五连发猎枪,开枪击中了刚冲进二楼客厅的曹新春的腹部,致曹新春当场死亡。经法医鉴定:曹新春系被猎枪击中左上腹部,致腹主动脉及下腔静脉横断,急性失血性休克而死亡。

上述犯罪事实,有证人证言,提取的作案凶器猎枪、弹壳和有关物证,刑事技术鉴定书、现场勘查笔录及被告人口供等证据予以证明。事实清楚,证据确实充分。

综上所述,被告人曹海鑫目无国法,仅因村民间的一般纠纷,即开枪行凶杀死一人,情节恶劣,后果严重。其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第一三二条,已构成故意杀人罪。

1996年1月17日

中级法院刑事判决书(摘要)

诉讼代理人　刘德法,河南郑大律师事务所律师。

被告人　曹海鑫,男,1961年2月17日生。

辩护人原士华,河南法威律师事务所律师。

辩护人陆咏歌,河南学苑律师事务所律师。

检察院起诉书指控,1995年9月28日晚10时许,村民曹新春夫妇前往被告人曹海鑫家谈安装水管一事。同时,村民曹新建、贾永亦随后同去。其间,在被告人曹海鑫家院内与被告人曹海鑫及其妻姜玉春发生争执并撕打。曹海鑫见状,即从院内跑回自己的二楼卧室,取出本人的五连发猎枪,开枪击中了刚冲进二楼客厅的曹新春的腹部,致曹新春当场死亡。被告人曹海鑫目无国法,仅因民间的一般纠纷,即开枪行凶杀死一人。情节恶劣,后果严重,已构成故意杀人罪,请予依法判处。

诉讼代理人以被告人曹海鑫故意杀人事实清楚,证据充分,被害人没有任何过错,被告人归案后认罪态度不好等为由,请求对被告人从重处罚。

被告人曹海鑫及其辩护人辩称起诉书指控的事实不清、定性不准,其行为系过失杀人,且被害人有过错等为由,请求对其从轻处罚。

经审理查明:

1995年9月28日晚7时许,西韩砦村村民李书义的饭店开业,宴请丽华胶印厂厂长曹新春、中华印刷厂厂长曹海鹏等两厂主要负责人。饭后,众人均到中华印刷厂办公室主任张惠玲家看新房,喝茶。10时许,曹新春之妻张月娥找到张惠玲家,叫曹新春前往被告人曹海鑫家询问为其家安装水管之事。与曹新春一起的村民曹新建、贾永亦随后同去。在曹海鑫家院内曹新春及其妻张月

娥与曹海鑫及其妻姜玉春就安装水管一事发生争执并撕打。曹海鑫即从院内跑回二楼卧室，取出本人的五连发猎枪。随后，张月娥及姜玉春也先后上到二楼客厅，姜并把门关上。曹新春追到二楼踩门而入，曹海鑫即开枪照曹新春的腹部猛击一枪，致其当场死亡。经法医鉴定：曹新春系被猎枪击中左上腹部，致腹主动脉及下腔静脉横断，急性失血性休克而死亡。

上述事实，被告人曹海鑫供述作案情节与现场目击人及证人张月娥、姜玉春、曹新建、贾永、曹利平、姜雨青、王仁东等人证言相互印证。并有刑事技术鉴定书、现场勘验材料及提取的作案凶器猎枪，弹壳在卷为证。事实清楚、证据确实充分、足以认定。

本院认为：被告人曹海鑫仅因村民间的一般纠纷，即动辄持枪行凶，杀死一人，其行为已构成故意杀人罪，情节恶劣，后果严重。被告人曹海鑫及其辩护人辩称起诉书指控的事实不清，定性不准，其行为系过失杀人，被害人有过错的理由不足，不予采纳。依照《中华人民共和国刑法》第一三二条、第五三条第一款之规定，判决如下：

被告人曹海鑫犯故意杀人罪，判处死刑，剥夺政治权利终身。

1997年5月16日

高级人民法院刑事裁定书(摘要)

原判认定：1995年9月28日晚7时许，被害人曹新春应邀参加本村村民李书义的饭店开业宴请。宴席后，曹新春与众人同去村民张惠玲家看新房和喝茶。10时许，曹新春之妻张月娥到张家喊曹新春去被告人曹海鑫家询问为其家安装水管之事。曹新春夫妇走后，当晚同曹新春一块赴宴的曹新建、贾勇也随后跟去。当曹新春夫妇行至曹海鑫家门口欲要喊门时，恰遇曹海鑫及其妻姜玉

春送客开大门。双方在曹海鑫院内为安装水管之事发生争执欲厮打。曹海鑫即转身跑回其家二楼卧室取出本人的五连发猎枪。此时,张月娥、姜玉春也紧跟上楼并进至客厅,姜玉春见状即随手将二楼客厅房门锁上。当曹新春追到二楼跺门欲入时,被告人曹海鑫即持枪照曹新春腹部开了一枪,致其腹主动脉及下腔静脉横断,急性失血性休克而死亡。

曹海鑫上诉及其辩护人辩护称:合议庭组成人员不合法,所谓的人民陪审员连名字都是假的;涉及本案的证人证言没有当庭质证,有失公正;庭审中对猎枪、弹壳没让辩认;曹新春之死系众人夺枪走火所致,属过失杀人。

经审理查明,原判认定被告人曹海鑫犯故意杀人罪的事实清楚,证据确实、充分,足以认定。被告人曹海鑫上诉及其辩护人辩护称"合议庭组成人员不合法,所谓的人民陪审员连名字都是假的"之理由,经查,根据《刑事诉讼法》第一四七条关于审判第一审案件应当由审判员三人或者由审判员和人民陪审员三人组成合议庭进行的规定,原审法院邀请符合条件的人员组成合议庭,参加陪审并无不当。经核对陪审员刘善伟的身份证及有关材料,与原审判决书上的署名相符。关于另一名陪审员王刚的署名,经核对公安机关出具的户籍证明和其上学时登记的底卡,王刚系王有良之曾用名。因该人身份证丢失,在原审法院帮助工作期间,对外一直使用王刚之名,故在判决书上也署名王刚。原审法院在判决书上署曾用名虽有不妥,但并非虚假。另上诉和辩护称"涉及本案的证人证言没有当庭质证,有失公正"的理由,经查,一审庭审中虽没有传唤证人到庭质证,但原审法院对卷中能证明案件真实情况的证人证言,均在法庭上进行了宣读、质证。关于"没有让被告人曹海鑫当庭辨认猎枪、弹壳原物"之理由,经查,原审法院开庭审理质证时,未让被告人曹海鑫辨认原物属实,但让其辨认了原物的照片,且其当庭也未提出异议。二审期间,被告人曹海鑫虽对猎枪、弹壳

的原物拒绝辨认，但经核对，现猎枪上的号码与公安机关提取该物时所记载的枪号码相符。被告人曹海鑫及其辩护人另辩称“曹新春之死系众人夺枪走火所致，属过失杀人”的理由，经查，现场目击人均证实枪响在前，众人夺枪在后，故其所诉过失杀人的理由亦不能成立。

本院认为，被告人曹海鑫目无国法，因民间纠纷竟持枪杀死人命，其行为已构成故意杀人罪。且情节恶劣，后果严重，依法应予严惩。原判定罪准确，量刑适当，审判程序合法。被告人曹海鑫上诉及其辩护人的辩护理由均不能成立，不予采纳。裁定如下：

驳回上诉，维持原判。

本裁定为终审裁定

1998 年 9 月 1 日

附录:《终审裁定书》之辨析

1996年9月28日晚,曹新春一伙于酗酒之后,齐奔村民组长曹海鑫家闹事。开门的同时,拉出便打。曹海鑫见来势汹汹逃回居室,张月娥跟进;曹妻锁门,报警未果,曹新春等人追至,破门而入。曹海鑫取出猎枪自卫,双方在夺枪中不幸走火,弹中曹新春,不治死亡。郑州市中级法院判定"曹海鑫犯故意杀人罪",处死刑。上诉后,省高级法院以第二四九号裁定书,维持原判。

省高院的终审裁定,维持并发展了一审判决的错误,我们已代理死者家属提出申诉。鉴于二审裁定公然编制虚假情节,明显地歪曲事实加罪无辜,骇人听闻,不得不详予辨析,不敢不据实力辩——

一、终审裁定明白无误地以其肯定的判断,认为"原判认定被告人曹海鑫犯故意杀人罪,事实清楚,证据确凿充分,足以认定。"但却又对"原审认定"的内容悄悄地、擅专地作了重大的修改,将改动文字加在所引的原审判词中,混成一体,把事实弄得距真相更远,更为荒谬。省高院的法官深知曹案的焦点在于:曹新春有无对曹海鑫实施暴力进行非法侵害,与此相关,后者的取枪自卫是否合于法律规定的正当防卫。二审裁定于是首先围绕这个焦点作了文章,结果是弄巧成拙,与一审判词两相对照,漏洞显见,分述如下:

(一)一审判决对于案件的起始情节这样"认定":"在曹海鑫家院内,曹新春及其妻张月娥与被告人曹海鑫及其妻姜玉春发生争执并撕打"。要言之,即:双方有"争执",同时(由"并"可知)发生了"撕打"行为——至于是相互撕打,或是一方对另一方的撕打,词意闪烁,并不明确。但从该判词下文的"被告人(曹海鑫)见状,即

从院内跑回”,应能说明被告本人仅止于“见状”,即仅“见”来者其势汹汹之“状”,而并未动手“撕打”。姑且不论一审的这段判词另有瑕疵,省高院的二审法官竟在终审裁定中将一审判决“认定”的“发生争执并撕打”,悄悄地改成“发生争执欲厮打”,意思因而不同了,情节大变了。这里说的是:当事者只不过为了“民间纠纷”争执几句,或许情绪激越,但也仅止于“欲”,想想而已。把一审“认定”的“并”,改成“欲”,一字之易,表明打(人)之事从未“发生”,有人“想着”动手罢了:何其微妙!

谁想动手——即“打”呢?终审裁定变了个说法,是双方都想:“厮打”可见。高级法官非常明白:“厮打”与一审断的“撕打”截然不同,说的是双方“对打”,互有动作,都有不是;如有过错,则“秋色平分”,还有什么正当防卫可说?更何况,那“厮打”止于“欲”,你防卫什么?

可是省高院法官由何察知案中当事人的“欲”呢?为什么不能举事实以明之呢?您们断定双方想混打——“厮打”,又有什么根据呢?

作为终审杀人裁定,如此编造,而且是采用偷改一审判决的方式,这真是古今罕见的特例!

还应陈明:两级法院对曹案都断有“发生争执”的情节,可是,这个“认定”除了加害人一方的陈述之外,有什么可信的证据说明?在场的局外人姜雨清三次作证说明当时情景是:“(骂人的)声音没落,就听到打人的声音”。局外人王仁东的证言说的是:曹海鑫听见门外有人,一开门,问来者“干啥来?”话音未落,就被来人拉着领子往外拖,“三四个人围着(便)打”。仅有“撕打”,哪有“争执”?这些证言,有卷可稽,怎么可以视而不见、不予理睬呢?

退一步说,假定“争执”发生,也应查明:争执之中诱发了哪些情况足以引出“打”的恶果?即使“争执”发生,难道就可以不问缘由、不分是非一笔勾销正当防卫的随之而发生?对于死刑案中的

如此重要的“因”,怎么可以回避?

事实是来者不善,而且是谋划在先。曹海鑫开门送客,适值寻衅者闹上门来,突然被袭,所谓“争执”,并无可靠的证据,下文将另作补充。意图据此抹掉先有非法侵害这个至关重要的情节,只能是歪曲事实。

(二)据一审判决的“认定”,“撕打”之后,事态有新的发展,即:“曹新春追到二楼跺门而入(曹海鑫之室)”。高级法官看出了一审“认定”的漏洞及其要害。他们熟知《刑法》第二百四十五条,非法侵入他人住宅是一种犯罪行为,可处三年以下有期徒刑或者拘役的。

“跺”非“敲”,属暴力,当然非法,何况还有“砍”!

于是高院的法官将“跺门而入”偷改为“跺门欲入”,止于“欲”,但未“入”;不仅如此,二审裁定还加上了“当……(此)时”,用以说明,跺门的曹新春尚未“入”室,仍在屋外之时,枪击就发生了。

这一字之改,再次用“欲”,明显地露出了偏袒侵害者,硬要加罪被告人的马脚!如果不是偏袒,试问为什么对“跺门”(且不说还有人用铁锨“砍”门)这样的暴力行为在案中的意义与作用不加审理,不去查明,不予认定?哪个公正的、正直的法官会这么干?

应当补充的是:据《起诉书》,曹新春那时已“冲进二楼客厅”,不仅已入——即“进”,而且是“冲”,如实地反映出暴力实施者凶不可挡的气势。两级法院都对“冲进”加以回避,意在抹掉入侵者的暴力行为,不言而喻。

可是这怎么办得到呢?即使法官硬要否定“冲”的存在,又怎么解释您们肯定的“当曹新春追到二楼”这个情节里的“追”的含义?“追”可是主动的行为,没有“逃”,谈不上追;人家已经逃了,又是事出于一般“民间纠纷”,那为什么非“追”不可,继之以“跺门”施暴,而且“冲进”了人家二楼客厅?

还无妨退一步说,即使法官“认定”的“争执——撕打——‘欲

入'"这些情节统统成立,在对方寡不敌众的情况下,"此时"夜深人寂,加害者又有什么理由非要聚众侵入人家的私宅居室?这种行为难道没有触犯上引的《刑法》第二四五条的规定?对于这种暴力行为施以抵御,难道不是正当防卫?

故意枉法,昭然若揭。

(三)关键性的情节无疑是"开枪杀人"。一审判决对这一情节的认定是:"曹新春追到二楼踩门而入,被告人曹海鑫即开枪照曹新春的腹部猛击一枪"。其中的"开枪照……腹部猛击",词意含混,不合事理,语法也不通。"开枪"与"照"某部位之间似有难解之谜或难言之隐,特别是"猛击"的断定不知从何测得?于是省高院法官又下笔改了。二审裁定说的是:"当曹新春……踩门欲人时,被告人曹海鑫即持枪照曹新春腹部开了一枪"。这一改,情节显得"明确"了,集中到一点上,是:被告人瞄准("照")入腹部开枪,故意杀人成立;根本不发生防卫问题,遑论正当!

然而不幸,这种编造偏偏无能达到"无缝"的境界,于是又不可避免地犯下了更大更重的错误!请看:既然曹新春当时是"欲人"而未入,曹海鑫如果没有透视并能明察的特异功能,怎能做到瞄准目标,"照"人腹部开枪命中;更何况经勘察二楼客厅门上并无弹孔、弹痕,这颗子弹何能飞越大门钻人人体,这支国产猎枪何以有此功能?如此编造,太荒诞了!作为省高院法官,在死刑案中硬要一而再、再而三地虚构情节编造判词,这到底是为什么?

"持枪"之说,其实也是二审裁定加给一审判词的情节。这项胡编颇有"学问":着一"持"字,双方"夺"枪这一至关重要的情节自然地就化为乌有了。

可是,枪响于夺枪之中是有证可查的!法官如认为此证有"疑",不宜轻信,那又为什么不敢质证?对此将在下面专项申辩。这一笔,立此存照罢。

综上所陈,省高院二审法官在案中事实涉及的几个重要情节

上，行文修饰之不足，索性打着一审判决的幌子加以编造，这如不是蓄意枉法，制造冤案，又该怎么解释？

直陈省高院裁定的谬误，意在有助于纠正，实出于不得已而为，绝无他图。

二、终审裁定就自己对一些重大问题作出的“认定”，同样背离实际，有的十分荒谬。突出表现在对上诉人（被告人）的正当辩解和律师的正确辩护，全盘否定，分项批驳，或以枝节代主要，煞有介事，貌似郑重公允；或者干脆回避真相，强词夺理，透出专权本质；总之统统未予考虑。主观专横，莫此为甚！对此姑且不论。首应指出的是，终审裁定对“辩护意见”的概括，其行文也是着意安排别具匠心的。先看原文——

“曹海鑫上诉及其辩护人辩护称：合议庭组成人员不合法，所谓的人民陪审员连名字都是假的；涉及本案的证人证言没有当庭质证，有失公正；庭审中对猎枪、弹壳没让辨认；曹新春之死系众人夺枪走火所致，属过失杀人”。

全文八十八字，分为四点，给人以“全面、公正”的假象。认真一查，不对了。另有一些至关重要的辩护意见，他们公然回避，若无其事，只字不提，要如：

（一）据一审判词对辩护意见的归纳，全文五十三字，核心内容是：“被告人曹海鑫及其辩护人辩称起诉书指控的事实不清，定性不准……且被害人有过错等”。至于事实如何不清，定性怎样不准，被害人曹新春的过错在哪里，辩护意见中都曾举证详予说明，两级法院却都不敢正视。一审晃了一下，溜了；二审则干脆不予置理。在一个判处死刑的杀人案中，对于至关重要的“事实不清，定性不准，被害人有过错”这三条，漫说统统存在，只要有一条成立，死刑之判便是错杀，省高院的法官怎么可以“若无其事”呢？有什么理由不加审理呢？

退一步说，这三条辩护无理，那又为什么不敢在终审裁定中像

对陪审员问题一样细细批驳，以维护法庭与法律的尊严和权威呢？死刑判决，对至关重要的辩护论点公然回避，这也是骇人听闻的事例！

（二）辩护律师在辩词中着重提出了案发的近因与导火索，是由于曹新春一伙人的寻衅滋事，并举出证人证明：曹新春当天晚上在酒场上声言："兄弟们今天喝得劲，今天晚上找海鑫弄事，不中就打。"当晚这一伙人一下子就灌了十三瓶"赊店牌"白酒。第十三瓶白酒入肚，曹新春发话："走！去弄曹海鑫，不打海鑫不算人！……谁有种跟我去！"正当其时，局外人李书庆走到餐馆窗外，吓得转身回走。之后，曹新春聚五人之众，兵发曹海鑫住宅。这些情节，统统有证言可证。如果对于如此重要情节的证言疑为虚假，或有争议，那么，为什么不依照法律的规定当庭质证？如果省高院法官确有根据断定证言不实，试问为什么不在裁定中加以批驳？作为判词，尤其是死刑案的判词，对于案发的原因怎能回避？为何回避？

我们注意到，终审裁定又在"原判认定"的幌子下，擅加了事发当晚曹新春"应邀参加……宴请"的情节，可是这能说明什么问题呢？宴席之间谋划寻衅能因"应邀参加"而抹杀么？省高院法官显然是企图说明，天下本无事，只是曹海鑫"因民间纠纷竟持枪杀死人命"，别无动机，更无理由，所以该定为"情节恶劣……依法应予严惩"。难道真的是这样么？证据表明：1995 年的 4 月 11 日，西韩寨村村民民主选出了新的村民组领导班子，曹新春和他的哥哥、前任村民组长曹新豹双双落选。4 月 15 日，曹新春就当街登上三轮板车破口大骂："曹海鑫，你爬到老子头上来了！你不想活了吗?！你敢出来，老子敢把你的狗头砸烂！别看你当上了村民组长，老子不会让你太平的……。"

同时，新的村民组领导班子对过去村民组班子中曹新豹、曹新春家族的经济犯罪嫌疑进行了合法的调查与揭露，矛盾由是转向公开与尖锐，村民共知。审理本案，对此不应不查，连"宴请"细节

都不放过的法官会是粗心吗？当然不是！其中掩盖什么，庇护什么，清清楚楚；有人枉法，明明白白！

（三）关于“被害人”曹新春的过错行为，辩护律师一再举证说明：曹海鑫家的二楼门上，经勘查，分明有硬器砍击的痕迹，门上裂纹长达30厘米，证明不仅有“踩门”的事实，而且有“砍门”的暴烈行为。当时的事发现场正有铁锨一把，“勘查笔录”对此有明白无误的记载，并有现场照片与证言旁证。诚然，“被害方”的代理律师当庭发出了疑问，他声色俱厉地问道：“请问铁锨在哪儿？勘察笔录有记载吗？现在也可能找出一个，这与当时的现场又有什么关系呢？”乍听气壮有余。可是，不仅有勘察笔录记载在卷，当时的现场照片分明有一把铁锹可为铁证。对于几近胡搅的陈词，也就无须辩驳了。值得一提的是，这位律师的说法恰好说明，如有铁锨在场，暴力侵犯即应坐实而无疑义。被告人的律师要求“必须予以查清”，合法合情，但两级法院的法官都深知这类问题在案中的重要意义，故统统置之不顾。我们不得不问：作为判词，而且是杀人一案的死刑判词，对于事关暴力侵害和所谓“被害人”主动实施暴力的方式与强度这样事关重大的原则性问题，有何理由不予查明，竟敢公然回避？为何回避？

以上三点，说明肇事的起因源于“被害人”曹新春的故意寻衅，借酒闹事，实施暴力，殴打无辜，人侵民宅，从而证明被告人曹海鑫的正当防卫出之于被暴力袭击的特定状态，根本不存在“故意杀人”的情况。省高院的终审裁定居然回避、抹杀这些重大的原则性问题，无非是为了强行加罪给曹海鑫，必欲诛之而后已，这是只有故意枉法才会发生的荒诞审判、恶劣裁决！

（四）省高院的终审裁定，以“经审理查明”为导语，道出自己的裁决，全文六百七十五字。令人惊愕的是，短短六百余字的判决，却用了三百字说明陪审员的身份问题经“核查”“并无不当”。且不论高院裁定不得不承认“（对陪审员）在判决书上署曾用名虽

有不妥”，并不实指怎么不妥以及这种“不妥”在执法上的意义，随之便武断地认定“并非虚假”，借以证明“合议庭的组成合法”。我们要问：依据法律的规定，人民陪审员需具备一定资格的公民经由选举产生，那么，曹案中的陪审员是何时经由哪里选举产生的呢？不经选举产生的陪审员没有资格参加合议庭审理案件，这难道还有疑问？省高院裁定花了这么大的篇幅说明“陪审员”问题，可为什么不涉及问题的实质呢？

（五）关于“曹新春之死系众人夺枪走火所致”的辩护论点，无疑是律师辩词的最为重要的内容。二审裁定不理律师的意见，仅针对曹的上诉断言：“经查，现场目击人均证实枪响在前，众人夺枪在后，故其所诉过失杀人的理由不能成立。”这段话的弦外之音是：故意杀人成立。然而这又是一个十分武断但却经不住推敲的裁决！

第一，“枪响在前”，并不能说明枪是怎么响的，更不能说明被告人有杀人的故意。

第二，“目击者均证实”之说，与实际不符，纯属虚构。举例说，“目击者”之一曹海强的证词说：“我看见胡文霞、……俺哥六个人在夺一把长枪。”他说：“我绝对是在枪响之前到的（现场）。”这份1995年11月1日的证词与他前此的9月证言和书面证词互相一致。即使因作证者与曹海鑫有亲情而不予采信，我们再来看看另一个“目击者”胡文霞在事发次日即9月29日上午8时20分至10时30分提供的证言，她说：“我也上楼了。我进屋后，看到曹海鑫站在大厅门口三四米的地方，手里端着枪，新建、新伟、贾勇（胡文霞之子）、月娥几个人在和海鑫夺枪。”公安人员问她：“曹海鑫是怎样拿着枪的？”她作证说：“曹海鑫用两手端着枪。我看见月娥（曹新春之妻）他们几个人抓住枪管和中间部分，具体什么部位，我看的不十分清楚。”这些证言与曹海鑫的多次供述互相一致，极为可信。不料她在同一天的晚上10时至10时50分就又第二次作证，

全盘推翻前证，换了个说法，她说："我回忆我在楼下给一个男的说话，我以为他是小春（即曹新春），其实他不是。因为他当时都没理我。我上楼时见他们四人夺枪。"她说："我想起来，枪响时我没有在楼上。"公安人员问她上午的证言算不算数，她回答说："我早上时脑子可乱，我当时都吓迷了，也不知是咋说的。我今天睡了一天，我好好想了想，我想起来，枪响时我没有在楼上。"

我们没有理由不允许证人修正证言。关键在于，哪一项证言符合事理，合于实际。胡文霞的头一个证言说的都是看，看到或者看见，名副其实的"目击"；而后一个证言说的却是"想"，是"忆"。何者可信，人们自会分析判断；但最关重要的却是其他证据的参照。我们不得不辩的是：被告人的供述作为证据的一种，既然与曹海强、胡文霞的首次证词相互一致，应认为这些证据都不该否定而应采信难道不是合理、合法的吗？

不幸的是：省高院法官与一审的相似，没有依法行事。总起来说，省高院裁定根本没有驳倒上诉人和律师的辩护理由，而用极为武断的态度断定"原审定罪准确，量刑适当，审判程序合法"，维持了一审的死刑判决，制造了冤案。

三、二审及其裁定对于案中证据的审查严重违法，或者失实。分述如下：

（一）关于案中的重要物证的审核。

按诸法律，物证应当庭出示"原物"，经过辨认查证属实，否则不能作为定案的证据。一审法庭未准被告人"辨认猎枪、弹壳原物"，本不合法；二审裁定承认"属实"，但又以"让其辨认了原物的照片"来搪塞，甚至居然说出了"且其当庭也未提出异议"为一审的非法做法打掩护。当事人未提异议，就可以不执法，真不知这是谁家逻辑！！

（二）关于鉴定结论的审核。

首要关键无疑是附于"猎枪"之上的"指纹鉴定"，二审承继一

审的错误做法对此也不审查。据侦查机关出具的证明："猎枪扳机上未发现有鉴定价值的指纹"。有指纹，但没有"鉴定价值"！这是什么意思呢？据常理，看来只能是扳机上的指纹紊乱，不属于一人。果如此，那又怎么能证明是曹海鑫扣动了扳机"照(人)腹部开枪"致人于死呢？也就是说，子弹究竟由谁又怎样使它出的膛，根本没有审清理明！既如此，怎么可以断言曹海鑫杀人而硬要处之以死刑？如此判案，何其荒谬，何等荒唐！

其次是"尸检报告"。这在"杀人案"中当然也是至关重要的证据，审理中不应不查。尽管尸体上的弹孔很难测得是否"猛击"所致，但应能测知枪击的距离与角度，这在本案中有其重大的意义。一审不理，二审不查，这在程序上无论如何是个重大的漏洞。

(三)关于案中证言的审核。

省高院裁定对此用"原审对卷中能证明案件真实情况的证人证言，均在法庭上进行了宣读、质证"，来说明未经宣读的许多证言都不能"证明案件真实情况"，借以掩盖他们的司法不公和严重违反审判程序的重大错误。但是，不在庭上宣读、质证，又凭什么就断定那些证言不能证明真实情况？如果仅凭法官"自由心证"，审理之先就已确定了证言虚假可不当庭质证，那要《刑事诉讼法》何用？

尤为严重的是，曹海鑫的一楼房客陈玉霞，因距事发现场最近，目睹耳闻，至为清晰。当晚也曾被公安人员询问，但她的证言笔录卷中不见。跟着又突然仓皇迁居，二审竟然也不找寻查证。这是本案证据上的一大疏漏，因其重要，也应辩明。

还不能不指出：一审对于证言采取的是"一锅煮"办法，让人搞不清楚某一证人所证何事，证了哪些内容？举例说，一审判决提到了前面引述的姜雨清与王仁东的证言，可是，他们证言的核心恰恰是曹新春等人的暴力侵犯确实存在，曹海鑫的正当防卫是出之于被迫和无奈！他们的证言又有哪一点、哪一句可以证实曹海鑫有

"故意杀人"的"作案情节"呢？在死刑案中借未经合法调查证实的证言歪曲事实、混淆是非加罪于人，这不是枉法又是什么？二审对此当然明察，却不纠正，一错再错，这又是为了什么？

证据不实，漏洞层出，就专横地判人死刑，此风不杀，法将不法，必起民怨。事关稳定大局，怎敢不辩！

四、以上，分三个部分从事实和证据上结合一审判词分析了终审裁定的谬误，申明了我们的论点，以无可辩驳的论据证实了处死曹海鑫实属冤杀。以下再从法律上提出我们的见解——

（一）刑法第二十条对正当防卫、防卫过当和无限防卫分三款作了规定。与本案密切相关值得认真考虑的是该条第三款。该款规定："对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡和其他后果的，不属于防卫过当，不负刑事责任。"这是新刑法对原刑法的重要补正。旨在鼓励人们与不法的暴力侵害进行坚决的斗争。本案不法侵害人纠聚数人之众，深夜侵入私宅，实施暴力，严重危及被侵害者的人身安全，在此情况下，取枪自卫，夺枪走火，弹中不法侵害人，显然不应承担刑事责任。结合本案的实际，还应参照刑法第十六条的规定，即："行为在客观上虽然造成了损害结果，但是不是出于故意或者过失，而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所引起的，不是犯罪。"至于什么情形属于故意，什么情况属于过失，刑法分别作了明确规定。曹海鑫取枪自卫，在与不法侵害者夺枪之中发生了枪击事件，既无作案杀人的故意又无过失，事出于"不能预见的原因"，据此当然不是犯罪。总之，不论从哪个方面考察，定曹海鑫犯"故意杀人罪"都没有法律上的依据。

（二）再研究一个与曹案发生于同一时期的杀人案例，更可看出两级法院执法的随意性已到了何等程度：

梁随生与人口角。对方聚集六七人来梁家"算账"，未及进门，梁即用猎枪对着民警李喜文开了一枪，命中死亡。来者逃散，梁追

出,又开枪打死一人。跟着再发一枪,击中杨某肾脏,急送医院得救。事后,梁伪造现场,企图嫁祸于死者,未得逞。故意杀人,二死一伤,××中院于1997年4月判处梁随生死刑缓期两年执行。一个月后,该院却宣判曹海鑫死刑立即执行。两相比较,还谈什么司法公正?而对于曹案的判决确属错误不是由此可见了么?

杀人宜慎,是党的一贯政策,是我国《刑法》贯彻的基本原则,真不知河南省高院执行的是谁家政策,哪家法律?

五、当地村民说,枉杀曹海鑫是"报复忠良",这是有事实为据的。案中"被害方"的律师在庭审中振振有词地说:村民们"都认为海鑫太毒了",认为"小春为人好",……"心底平和"。意在突出曹海鑫"凶残之极"的本质和具有历史根源。然而这是谎言!且不说村民中的多数在此前不久已用投票的方式表示了对于他的信任和拥戴;曹新春已经死去似也不必再对他的不良表现做出概括;但曹新春的长兄实为村中一霸以及他的问题和这些问题对于这次事件的影响,只要深入民间,便极易查明。谁劣谁良,人民心中自有判断。曹海鑫新任组长,为村民作了好事,谋了利益,最后惨遭报复,人民也是清清楚楚。村民惊闻一审判他死刑,有二百余人长跪省高院门前,递上《状告××法院冤判曹海鑫死刑》的请愿书,便足以说明问题。这些似乎与案情无关,然而它是本案的重要背景,又必须涉及。否则就不能对全案的各个方面作出准确的判断。二审为何不察?

通观全案,冤情昭昭;影响所及,时闻怨声。冤狱不平,何能取信于民?民心不服,何来社会稳定?愿二审终能纠正错误,公正执法,还无辜以清白,赢来我人民法院的正气、清声!

1999年1月25日

王哲"杀人案"

案 情 简 介

王哲、刘跃辉"杀人案"，死者毕卫国是法院工作人员，佩戴枪支，媒体大加宣扬，在内蒙哲里木盟几达家喻户晓。

案发，刘供述与王共同作案杀人。王供认帮助"埋尸"，否认杀人。尸体由刘家地下挖出。案经审理，不仅关于王哲有无作案时间的证词多次多人一再反复，其他主要情节也未取得确凿的证据：卷有供词，说杀人事经"三人预谋"，但并不取得另一人刘海青的证实，且有"刘海青在逃"的虚假证明附卷；死者遇害的时间也不能落实，主审法官公然撕毁死者上级出具的证词，疑点更难排除。此外在诸如犯罪动机、犯罪预备、犯罪实施、作案工具、赃款去向等等一系列重大问题，无不缺乏可信的证据，而被告的供述在主要之点上又互不一致，审理不清不楚。律师对各个主要问题详尽地提出了质疑。一审判处王哲死刑，判处刘跃辉死刑缓期两年执行。王哲上诉后发回重审，二人均被判处死刑，经上诉审维持。

辩　护　词

一审辩护词

审判席：

今天法庭就王哲"杀人"所做的庭审调查，在一些重要环节上没有严格依法进行。我们作为王哲的辩护人不得不首先指出以下几点：

（一）被告人之间的质证，只是同案犯刘跃辉质问，要求王哲"扼要作答"。尔后不经王哲反诘和要求刘跃辉回答。既不对等，显失公正。我们曾表示异议，并请求在下面的诉讼进程中补救，未被采纳。

（二）在关系相当重大的问题上，旁听者王凤友在休息时间向律师提出"作证"要求，我们将所证内容报告审判长，并按《刑事诉讼法》第一百十七条申请传唤，被无理否定。

（三）庭审调查，法庭宣布"分组"进行，要求律师对证据的质疑或提问，按"组"一并进行。在此情况下，我们要求质证的发言一再被用"下面各组中可以提出"打断。为了履行职责，我们在庭审调查即将终结之先，明确提出还有问题质疑，不料却因审判长突然宣布辩论开始而被剥夺了这项重要的诉讼权利。

我们再次陈明这样的观点：对于如此重大的案件，而且存在着疑证甚多、有人采用非法手段取证、主要事实并不清楚等情况，法庭竟然不能严格遵循刑事诉讼的规定审查证据，甚至极其草率地驳回了律师的合法申请，这绝不可能保证审判的合法与公正，因而是不郑重的。

下面,我们围绕起诉书和公诉词中涉及的事实问题发言。

一、起诉书说:被告人王哲“因赌博与毕卫国发生纠纷”,因毕“向其索要输掉的钱款,遂产生杀人之念”。意图用这一情节说明王哲有杀人动机。但是,起诉书表达的这个情节或者缺乏证据,或者是不完整的,因而不能用来说明起诉书意图说明的问题。

例如,说毕向王要输掉的钱,那就必须弄清楚:第一,要多少钱?如数小就不足以引发杀人意念;第二,要过多少次?偶一为之未必能使人狠下杀人之心;第三,什么时候要过?如果与作案时间相距太长,考虑到王、毕之间的亲密关系,怎么能证明其中没有别的因素介人从面发生出其他心态?总之,空有结论性的认定,而无具体的根据,并作出合乎逻辑的论证,这种结论当然缺乏说服力。明确地说,公诉人在公诉词中加给王哲的杀人动机,因没有可信的证据而缺乏说服力。

二、起诉书、公诉词都断定,被告人王哲与同案犯刘跃辉于1989年冬至1990年2月上旬曾“商议杀死毕卫国”,并购买了锤子、扳子。这无疑是说,被告人的犯罪预备包括两个重要内容:一是曾经商议,二是买了凶器。这个断定,在主要之点上是不清楚的,不明确的。

(一)商议杀人。对此暂且不说应当明确商议的地点、次数和距实施相隔不太久远、较为具体的时日,其中有两点必不可少:一是哪些人参加了“商议”?二是“商议”的大致内容都有哪些?关于参加人,两被告都供述,“谈时还有刘海青”。但整个调查阶段都未取得刘的证实,卷查通辽市公安局出具证明刘海青在逃。我们于11月9日,在刘海青住所找到了他,据告从未出逃。尽管检察院对此漏未指控,考虑到“预谋杀人”这一情节的重要性,一审应当传唤刘海青到庭质证,或者作出交代。

至于商议的内容,起诉书并不涉及。从指控犯罪的角度考虑,既未见“商”,更没有“议”,以一个空泛的“商议”概念定罪,失之

空洞。

总而言之,这项指控,根据不足。

(二)购买凶器。刘跃辉当庭供述的买时的价格,与实际情况出入甚大。我们对此进行了市场调查,证明刘的供述缺乏真实性,不能采信。由此不能不指出,王哲辩解说,他没有准备杀人工具,也没有与刘一起购买凶器,是可信的。

就杀人案弄清作案工具的法律意义,至为明显。在本案中,至少能够据以查明作案人在犯罪预备阶段的部分活动及其作用,因而具有一定的重要性。对此,相信合议庭能够明断。

三、起诉书和公诉词,关于被告人王哲实施犯罪行为的主要情节的表述和论述,尤其缺乏可信的证据,我们分别予以说明:

(一)杀人的时间,起诉书定为2月19日上午,根据不足。

据死者的妻子赵桂华证实:"……我出去串门,1990年2月24日回来的,后来听法院的人说,毕卫国是2月19日上午10点半到11点走的。"这份证词,与检察院卷宗之三中所缺的第三十五页的内容,据知在时间上是一致的。该第三十五页作为证据,任何人都无权将它从卷中撕去。我们坚持在庭审调查中已经表明的原则立场,审判员撕毁证据是违法的!



另据毕卫国生前所属的法院办公室的领导同志出具的证明材料,说:"在我的记忆中,1990年2月19日早上班后,就见到了他(指毕)。之后我去开院务会,从此再也没见到他。"这份材料,说明毕卫国在2月19日上班时的确到了单位;上班后领导人没再见到,并不等于说,也没有根据说,其他的同志没再见到过他。

我们之所以认为这个情况应当查明,之所以坚持就杀人时间问题提出质疑,绝不仅仅是为了肯定时间本身,主要是因为案中的其他情节与此密切相关,而在证据上又存有疑点的缘故。

(二)作案的步骤,据起诉书指控,王哲实施的第一步是"与毕说话吸引毕的注意"。这一点,遍查全卷,除王哲曾有供述之外,别

无证据，与同案犯刘跃辉供述的用“摩尔(MORE)”牌香烟吸引毕的情节大不相同。细查起诉书，也没能说明他们“说话”的内容，证明那些“说话”足能引起死者的注意力。更何况，王哲在供述之后又由其辩解而予以彻底否认。

应当指出，从常理常情推断，用“说话”方式吸引一个身带手枪的被害人，为着手杀害创造一个便当的条件，必须具备一个客观前提，即：说话之间有机会使杀人者在两三秒之间发动突然袭击，这不仅要求做第一次打击的人始终瞄准被害人，而且一直是右手(用力的一只)靠近凶器。可是，现有的证据还不能使这些重要之点得到落实。与此相关，刘跃辉在庭审调查中辩解说，打击毕卫国，是他与王哲几乎在同一时间内动手。这个情节，在实际上不可能存在，与上面提到的“吸引”之说也很不协调，法官将能明察。他的编造情节的目的在于推卸罪责，无庸置疑。

我们认为，由于这“第一步”对于整个犯罪的实施具有决定性的意义，故必须有根有据地予以断定。否则，将不能认为案情已经基本清楚，可以定案。

(三) 杀人者实施第一击的后果，起诉书说是被害人“当即倒地”。但是，“倒地”的判断仅仅说明某种特定的现象，而没有反映出问题的实质。问题的实质在于：被害人倒地之时，已经濒临死亡或者已经停止呼吸，总之不再有自卫能力；否则，他一定会枪击凶手是不言而喻的。对于身高1.8米左右、身体壮实、动作灵巧的死者毕卫国来说，他将有各种条件实施正当防卫，并且不会犹豫。我们的这个判断与法医的“尸检报告”完全一致。该“报告”着重指出：死者受到的钝器打击是绝对致命伤。这一点，对于确认是谁、用什么凶器致人于死等关键情节，至关重要，应请明断。同案犯刘跃辉在这点上的供述前后不一，互相矛盾，请予审核。

四、起诉书关于赃款4000元的“分配”与去向，未作说明。庭审调查的情况表明，在“分配”上，证据之间并不一致，互相矛盾。

考虑到确定赃款由谁占有在本案中对于判断“犯罪动机”有其一定的联系，故应在客观分析的基础上予以肯定。我们有根据说，刘跃辉的供述与辩解不符合常情常理，应属编造，请求明断。

综合以上各点，我们的辩护的基本点是：案中尚有较多疑证。疑证不能据以定案，是刑事诉讼的一条基本原则，应无疑义。公诉词就王哲杀人发表的基本观点及由此确定的主要情节，失之武断；关于其他细节方面的意见，将在互相辩论中详予说明。

1991年4月14日

注：本案与傅可心律师合办。

二审辩护词

高院刑庭

王案合议庭：

遵审判长指示，就王哲杀人案发表书面辩词如下：

一、哲盟中院关于王哲杀人问题的认定，在犯罪动机、犯罪预备、犯罪实施、赃款状况等等一系列重大问题上，统统缺乏可靠的、可信的证据，失之武断。

二、一审在整个审理进程中，对许多相当重要的情节或问题，或未予调查，或审查不细，有的则是从臆断出发，失诸片面，甚至限制、剥夺了被告人王哲及其辩护律师的诉讼权利。诸如：

（一）卷有材料，说除王哲和第二被告刘跃辉之外，“还有刘海青（参加了）预谋”。公安局证明刘海青“在逃”，失实。我们在访问刘海青的同时，通知一审合议庭与刘海青见了面；但卷中至今无一字涉及刘本人的陈述或证词，法庭未传唤他出庭作证或质证。事关“预谋”、合谋杀人，如此轻率，应请纠正。

（二）卷中有证言，反映刘跃辉与死者毕卫国生前相识。刘对

此坚不承认，讳莫如深，甚至编造(！)了这样的虚假情节：王哲带领被害人去他家实施杀害，进门见面介绍说：被害人"是水产站的"。刘的意图一在掩盖其杀人动机，二为推卸严重罪责，至为明显；但他没有想到：来人既然是"水产站"的，当然不是有钱、有枪的法院干部毕卫国，即不是"预谋"欲害的对象，那又为什么对这样一个"陌生人"突下毒手立即击杀呢？

法庭对此，根本未查。我们申请传证，被驳回。在庭上书面报告合议庭，明确提出："……其中确有值得审查核实的问题"。审判长批复："将在闭庭后商榷，请予谅解"，孰料闭庭之前就宣示了一审判决！对于如此重要的情节竟然不查，作为律师，不敢涉及是否"谅解"，但不能理解则属实情，敬祈二审明察。

(三) 第一现场，未见一审勘查。我们认为，本案的情况是：时虽过，但境未迁。时过经年，不能算短，但从现场勘查角度衡量，也不能说"长"。杀人现场，隔上三年两载仍取来"痕迹"的事例，各地都有，在技术手段日新的条件下更是如此。退一步讲，从审判角度考虑，也许不能查出问题，但不可以据此作出"不查"的决断。审杀人案而不查第一现场，不得不请求二审补救。

(四) 与上述(三)相关，杀人凶器未作指纹鉴定。一审不退侦查机关补充，自己又不予以补救，庭上还不给律师以质疑机会，实属重大漏洞。相关的疑点因而未能排除。

根据(三)、(四)两点，被告人王哲提出：第一现场没有本人的任何痕迹，何能证明我在现场实施杀人？问得有理，应予深究。

(五) 凶器问题，一审认定为"购置"。谁去购置，判决书含混其词，未予明指。购于何处，价格多少，都漏而未查。我们当庭指出，刘跃辉供述的购价，与我们调查来的实际价格相差悬殊，其中有疑。法庭也不核查，忽略过去。细查一审卷(二)第169页刘父刘汉文的证言，说：那锤子、扳子，"这不是我们家的，是刘跃辉拿回来的"。拿，给人提供了一个线索，刘跃辉曾是淀粉厂锅炉工，我执

法部门又知道他经济来源不清，那两件作案工具是否从淀粉厂“拿回来的”，为何不能予以查核？

（六）关于赃款。一审判决对此居然以所谓“……毁弃、隐匿（死者）随身所带物品”的笼统说法，一笔遮过，显不妥当。刘跃辉先是自供杀毕意在“一举三得”，其一正是“为钱”，可是，在赃款上，他却说什么从被害人身上搜得 4 000 元后，王哲只给了他 50 元钱，另借给他 400 元，而且“后来我还他了”；但他在杀人后偕伴同游山海关，却花了 2 000 元，有同行者安刚、王凤友的证言存卷可证；但他告诉父亲刘汉文“花 2 000 多元买的”彩电，时在杀人之后；但他供认王哲平素时常在经济上对他给予资助与补贴，还钱之说另有供述拆穿。这些矛盾点、可疑点，当庭都已摆出，一审不予核查，令人吃惊。

还应指出，刘供“毁了”被害人的存折一个。据被害人之妻作证，折上存款被人取走 17 000 元。这个取款情节、特别是取款时间对于确定案中的一些重要环节相当重要，一审理应向银行核查。我们设想，倘若被害人正是 2 月 19 日取的款，其被杀时日显然可以另作推算。如此疏漏，敢请补救，我们坚持。为了排疑，此“证”不可不核！

（七）庭审调查中，对于重大问题未予细查者，一是作案时间，一是作案过程。这里先陈后一点——

1. 据刘供：他与王哲说定，由王用“摩尔”牌香烟吸引毕的注意，以便下手。但一审判决没有认定这一情节。那么被告究竟采用了怎样的手段？法庭对此既未做调查，判决书也未予载明。

起诉书另有说法，是：“（由）王哲与毕说话吸引毕的注意。”但措词闪烁，颇多疑点。我们有理由问：当时，实施杀人行为的前一秒的“当时”，王与毕说话没有？如能肯定为“已说”，那么，再问：说了哪些足以“吸引毕（即被杀者）的注意”的或者有趣、或能生异的话？倘若对此不能回答，试问又何能实施杀人行为？

一审对于这样重大情节上的矛盾不在质疑和质证的基础上详查细核，令人不解；我们在一审辩词中就此所做的分析，合情合理，将予坚持，请求参照。

2. 不能不指出一审判决在这点上的断定缺乏根据，不讲道理。该判决以乘被害人“不备”概括了这一重要情节。这种概括，适用于“各”案，却并不适用于“个”案。试问：谁在乘人不备？用什么方式乘人不备？这种方式又如何在实施中得到体现？是否达到了“完满”的体现？一审统统无能指出，空言“不备”，“理”在哪里？

3. 至于一审判决断言“由王将毕骗到刘家”，则纯属臆测之词！姑且不说一审不能明指“骗”的具体内容，仅就“到刘家”一节就大有疑问。王、毕之间，本是赌友，不赌不聚，但都没有证据表明他们曾在“刘家”聚赌，何以这次竟成例外，而又能令毕深信？我们无意以这个说法为“据”，只是想来说明：不讲实质内容，以“骗”定案，过于武断！

4. 刘跃辉一再供述杀毕是他与王“同时动手”。这是彻头彻尾的编造。在没有统一的号令之下，“同时”之说不能成立。即使有统一号令，两被告人距被害人的距离如不相等，两被告人各持的凶器与他们各自击中的“部位”的距离如不相同，还有，两被告人发出凶器的弧线与力度如不一致，都不可能“同时”击中目标。更何况两被告人所站的位置据刘供与死者是一前一后，因而绝不可能“同时”都击中死者的“脑后”，一审对此未能查实，却在判决书中采用了不够实在的手法，以一人持扳，一人持锤，“照毕头后枕部，先后猛击数下”，这样不清不楚的说法了却了这一段。

然而这怎么可以？

尽管一审判决虽未明示实乃暗指是王、刘两人同时实施杀人行为，可是，该判决却又来了个“先后猛击”！既是同时，何来“先后”？既有先后，谁人在“先”，何人在“后”？作为判决，无法回避！为何回避？

关键在于：究竟是谁一击致毕死命的？一审对于上述几个至关重要的情节，不花力气详查，其判词的不能成立乃属必然。主要事实并未查清，无庸置辩。

（八）再说作案时间。

诚然，作案时间是重要问题；但我们之所以重视这一点，主要是因为其中疑点甚多，承办法官又曾审前毁证、审理时公然改证的缘故，谨分陈于后：

1. 死者生前所属法院办公室主任金强同志曾于1991年7月5日出具证明，说死者是“2月19日上午10点半到11点”之间离开法院，从此未再见。这份证词，开庭前被承办人从卷上撕去。庭审中，审判员“向北京律师加以解释”，说“撤出”证词是“经工作组批准的”，要求“给予谅解”。他在说明“撤”证原因时，将证明人原写的“10点半到11点”改为“上午8、9点钟”。对于这个说明，我们当庭严正表示，“无论经谁批准，这种做法都是违法的”；然而更令人震惊的是，我们在庭上的这段发言，在现今的庭审笔录中，竟然变成了“对金强证言、对审判员的说明表示赞同”（庭审记录第一百零五页）。我们压不下心中的愤激：天哪！我们作为律师，怎么可以昧着法律与良心去“赞同”人们的违法行径？尽管它出之于我们尊敬的国家审判员！应当说明，这与书记员同志无关，全部合议庭审判人员都审阅笔录、亲笔签名其上便能说明。书记员的工作是值得崇敬的。

必须指出，证词作为证据，即令毫无证明力，即令失真失实，审判员也无权“撤出”，更何况是公然“撕掉”！审判人员的毁证远比证人的伪证或隐匿证据在性质上更为严重，则是无须论述的！

2. 卷有死者妻子赵桂华的证词“……后来听法院的人说，毕卫国是2月19日上午10点半至11点走的”。庭审查证，审判员宣读了这份证词，但却公然删去“10点半到11点”这个核心之点。我们当即表示异议，明确宣告：“审判员宣读的部分是真实的；审判

员漏未宣读的部分是重要的。”并就上述删掉的部分做了补充。我们之所以重视赵桂华证言，恰恰是由于它同那份被撕掉的金强证言在内容上是完全一致的；依法宣读时不容删去其要点，也无须论述。

诚然，可以经过核查确认赵的证言缺乏证明力，但是，把上述的有关情况联系起来加以考察，审判人员意图确定一个“2月19日上午”的作案时间，至为明显；然而这些做法与法制原则相距太远，我们断然不能“赞同”，并坚持请求上诉审依法纠正！

3. 一审终结后，承办人将金强另写的原已订人卷二第二十五页的一份证词补为原卷第三十五页撕去的那份，日期仍填为原证上的“7月5日”。按新移证词，仅仅是一个间接证据，倘无其他旁证，缺乏证明力不言而喻。我们认为，尽管“新”证在内容上有所变更，作案时间依然不能据之定为“2月19日上午”。

(九) 关于“杀人动机”。庭审中，止于对刘跃辉的讯问。刘于交代了“一举三得”之后，明显地暴露出同王哲的供述互相矛盾，但不知法庭为何未作质证？

按照一审判决书的认定，王哲的杀人是因为与毕赌博，做鬼赢钱，分得3 800元；毕得知后，二人“发生争执”，王“生忌恨，蓄意杀毕”。这个认定，缺乏证据，且有疑点，为了求真，分陈于下——

1. 毕本人在赌场也不断“做鬼”赢钱，从未因此与人发生争执。

2. 一审认定已有争执发生，但却不能实指争执起自何时、争执的异常表现、争执的激烈程度等等具体内容，卷中材料也无一字显示，空言主张，失之主观，因无证据，不足采信。

3. 对于王哲来说，3 800元的赌款绝不至于引发出杀害“赌友”的恶念。对王的经济状况及为人的日常表现加以考察，应能得出这种判断。王哲多次被人殴伤，并不以杀死加害对方，也有一定的“说明”作用。

相关的是，一审判决中的“忌恨”之说，也纯属主观分析，过于

武断,无“忌”可言,便是证明。

总之,就现有的证据材料分析,找不出王哲的“杀人动机”。无此重要环节,何能定案?

(十)被告人作案、“毁证”之后,据刘跃辉供述,当即把尸体装人木箱,跟着就又上赌场“玩去了”。一审对此,全然不查,判决中则避免涉及。我们对这个情节的重视,不仅在于它是整个犯罪实施前后过程中的一个环节,而且在于:一审定案,基本上依据了刘跃辉供述,并认定他“能如实供述,……确有悔罪表现”,所以“可不予立即执行”,处以“死缓”。因此之故,必须对重大问题上的重大疑点,详予揭示,供上诉审参照研究——

1. 杀人之后,竟能置尸体于住房之内而不加掩埋,不予“毁弃”,就离尸而下赌场,有违常情;刘家经常有人来访,难道杀人者对此毫无顾虑?有悖常理。

2. 刘供:王哲出资50元支走老父,以便实施杀人,其父刘汉文对此不予证实,卷有材料可查。

刘又供:王哲出资20元支走幼妹,其妹的证言与刘供并不一致。

王哲则断然否认。姑且不论以上情况真伪,刘供杀人后离去、尸存家中等等,难道不怕家人恰于此际返回(谁能保证没有意外情况,使人突生回家之念),从而由是败露?

3. 还有,杀人之后犹能坦然聚赌,心境如此逍遥,也实在不合常情常理,难以置信。

以上疑点,请予核查,至盼依法得出有根有据的判断,以利正确定案。

三、一审在诉讼进行中不能严格遵循《刑事诉讼法》,限制了、剥夺了当事人、辩护人的诉讼权利,有的问题,情况严重,实无助于查明事实真相,我们在一审辩词中已经指出,恳请二审依法补正、补救。

四、综上所述,把我们的辩护集中到一点上,即:一审认定王

析"杀人",缺乏可靠的、可信的证据。一审判决在认定事实上极其武断,除了援引法律条文外,又无一处讲"理":应予撤销,自无可疑。

坦率陈词,意在弄清真相,协助我人民法院正确判案,别无他求。我们指望二审的公正性。

1991 年 12 月

注:王案与傅可心律师合办。

诉 讼 文 书

检察院起诉书(摘要)

被告人:王哲,男,二十四岁,汉族。

被告人:刘跃辉,男,二十二岁,蒙族。

上列被告人抢劫、杀人一案,由通辽公安局侦查终结,犯罪事实如下:

1989年秋,王哲因赌博与被害人毕卫国发生纠纷。因毕向其索取输掉钱款,遂产生杀人之念。1989年冬至1990年2月上旬,被告决意杀死毕卫国,并购买了1磅重的铁锤一把,15厘米的活口扳子一把,为杀人准备了工具。

1990年2月19日上午,被告人王哲先与被告人刘跃辉商议后,将毕卫国带到刘跃辉家中,王哲与毕说话吸引毕的注意,被告刘跃辉乘机从床上拿起事先准备好的扳子向毕的后枕部猛击一下,毕当即倒地,王哲接着用锤子向毕卫国的头部打了数下,二被告惟恐毕不死,又用电线将毕的脖子勒住。毕卫国死后,二被告从毕的身上翻出六四式手枪一支、人民币4 000元、工作证一个及其他物品,而后二人将毕的衣服扒下,把毕的尸体抬放到刘跃辉家附房西屋一只木箱内,随后二被告清理了现场,将毕卫国骑来的二六型凤凰牌自行车存放到火车站存车处。2月20日上午,被告王哲、刘跃辉将毕卫国的尸体及衣服埋于刘跃辉家附房西屋地下。法医尸检报告记载:死者头后枕部有10×7厘米的颅骨粉碎性骨折,系头部受钝器多次打击所致颅脑损伤死亡,头部缠绕电线对死亡有辅助作用。

被告人王哲在后旗看守所羁押期间，于1991年2月14日与同号犯人申兆喜、孟庆海等商议逃跑，2月15日，被告王哲将号内的铁水管拧下，撬窗户没有撬动，后又用褥子拧绳子，准备晚间脱逃，因同号人犯检举被发现。

上述事实有现场勘查笔录、法医尸检报告、证人证言、作案工具、被告供述等在案佐证。证据充分，足以认定。

综上所述，被告人王哲、刘跃辉合谋杀人，手段特别残忍，后果特别严重，社会危害极大，其行为触犯了《刑法》第一百三十二条、第二十二条之规定，构成故意杀人罪，系共同犯罪。王哲在收容审查期间预备脱逃，其行为触犯《中华人民共和国刑法》第一百六十一条第一款、第十九条之规定，构成脱逃罪。本院为保护公民的人身权利不受侵犯，维护社会治安秩序、严厉打击严重犯罪分子，根据《刑事诉讼法》第一百条之规定，提起公诉，请依法惩处。

1991年10月21日

中级法院一审判决书(摘要)

被告人王哲1989年9月间，勾结吉林农民董志才、耿玉江与被害人毕卫国赌博，董、耿暗中做鬼赢得毕款10 000元，王哲从中分得3 800元。毕得知，与王发生争执。王遂生忌恨，蓄意杀毕。1990年2月间，王哲与被告人刘跃辉预谋杀毕之事，并购置了作案工具，选定了作案地点。2月19日上午，由王将毕骗到刘家，乘毕不备，刘持扳子，王持铁锤，照毕头后枕部，先后猛击数下，见毕未死，王令刘找来电线，又勒毕颈，致毕当即死亡。次日，两人将毕的尸体埋在刘家附房的西房。尸检证明：毕头后枕部有10×7厘米的颅骨粉碎性骨折，因颅脑损伤死亡。王哲在押期间畏罪脱逃、自杀未果。

上述事实,有证人证言、勘查笔录、尸检报告、作案工具、毕的手枪为证,证据确实、充分,足以认定。

王哲、刘跃辉的行为构成故意杀人罪。判处王哲死刑;判处刘跃辉死刑,缓期二年执行。

1991年11月14日

高级法院终审裁定书

上诉人:王哲

上诉人:刘跃辉

因故意杀人一案,不服一审判决上诉,本院依法组成合议庭,经审理查明:

上诉人王哲于1989年9月间,勾引他人与毕卫国赌博时,借机暗中做鬼赢得毕款10 000元(其中王得款3 800元)。毕得知此事进行追问,与王哲发生争执,王遂产生杀人歹念。1990年2月间,王哲与上诉人刘跃辉进行了密谋,并准备了作案工具等。同年2月19日上午,王哲将毕骗到刘跃辉家后,乘毕不备,刘持扳子,王操铁锤,先后照毕头部猛击,恐毕不死,王又指使刘找来电线,两人共同勒毕的颈部,致毕卫国死亡后,王、刘将毕佩带的六四式手枪一支和现金等劫取,即湮灭现场血痕等。后恐罪行败露,王、刘次日将毕的尸体掩埋在刘家的附房西屋地下。归案后上诉人王哲曾畏罪脱逃,自杀未成。

上述事实清楚,证据确凿。上诉人王哲、刘跃辉目无国法,胆大妄为,为掩盖王哲等人的赌博丑行,竟相互勾结合谋行凶杀人越货,情节后果特别严重,社会危害性大,应予严惩。上诉理由均不能成立。经本院审判委员会讨论,裁定如下:

驳回上诉;维持中级人民法院(1992)刑一字第二十一号以故

意杀人罪，均判处王哲、刘跃辉死刑，剥夺政治权利终身。

本裁定为终审裁定。

根据最高人民法院依法授权高级人民法院核准部分死刑案件的规定，本裁定即为核准杀人犯王哲、刘跃辉死刑的裁定。

1992年8月15日

（中级法院重审）再审判决书（摘要）

被告人王哲、刘跃辉杀人案，二审以部分犯罪事实不清发回重审。现经查明：

被告人王哲1989年9月间，勾引吉林省磐石县农民董志才、耿玉江在通辽市与被害人毕卫国赌博，耿、董暗中做鬼赢得毕款10 000元，王哲从中分得3 800元。此事被毕得知后，与王发生争执。王遂生忌恨，蓄意杀害毕。1990年2月间，王哲与被告人刘跃辉预谋杀毕之事，并购买了作案工具，选定了作案地点。同年2月19日上午，由王将毕骗到刘家，乘毕不备，刘持扳子，王操铁锤，照毕头后枕部，先后猛击数下，见毕未死，王令刘找来电线，两人又勒毕的颈部，致毕当即死亡。后又湮灭溅在作案工具、现场上的血痕，毁弃、隐匿毕随身所带物品。次日，两人又将毕的尸体掩埋在刘家附房的西屋内。法医尸体检验证明：毕卫国头后枕部有10×7厘米的颅骨粉碎性骨折，因颅脑损伤死亡。王哲在羁押期间，畏罪脱逃，自杀未果。

上述事实，有证人证言、现场勘查笔录、尸体检验报告、弹痕鉴定及查获的作案工具、毕所佩带的六四式手枪为证。事实清楚，证据确实、充分。被告人刘跃辉供认不讳，当庭质证无异；虽被告人王哲拒不供认，但足以认定。

本院认为：被告人王哲在赌博活动中骗赢他人赌资，为掩盖丑

行，竟勾结刘跃辉草菅人命，杀人灭口，触犯刑律，均已构成故意杀人罪。且手段残忍，后果严重，社会危害极大，不杀不足以平愤。判决如下：

被告人王哲、刘跃辉犯故意杀人罪，均判处死刑，剥夺政治权利终身。

1992年6月9日

李小平“故意伤害案”

案 情 简 介

1998年3月2日晚，中山市理科公司女工郭景兰在公司门口坐等丈夫同去看电影，湖南民工蒋良利等三人路过。蒋见郭独坐，秽语调戏；被斥骂。蒋等上前，揪住郭的头发施以人身侮辱；郭大叫。郭的丈夫与其他员工赶到，双方发生口角与殴斗。蒋在逃跑中被抓住。其他两人旋即跑回住地，纠集十余人，手持凶器冲击理科公司，寻衅滋事，砸毁公司交通工具，发生殴斗。公司总经理李小平闻报，极力劝解，无效，于是报警。闹事者有把他们“抓起来”送警之议，行动愈益暴烈。双方在殴斗中互有人员受损伤。蒋良利伤重不治死亡。

李小平等公司九人被指控犯“故意伤害罪”。法庭审理长达十四小时，辩论激烈。律师断言李小平无罪，被否决；李小平被判刑十一年。上诉后，二审坚持一审定性准确，但以量刑畸重，改判处三年，并宣告遵照《刑法》第六十三条第二款的规定，“须报请最高人民法院核准”。最高院是否核准，至今未下指令。

辩　护　词

一审辩护词

审判席：

本案涉及的“3 月 2 日事件”，是一起因有人调戏、侮辱妇女于前，跟着又暴力寻衅滋事于后，终至互相聚众斗殴，不幸人伤致死的事件，清楚可查；本案被告人李小平在事件的发展过程中，除了劝解、报警之外，没有任何加害于人的行为，为不争的事实，极其明确。由此可见，这本是一起相当简单的刑事诉讼，但不幸被人为地复杂化了。某些官员对于司法权力的干预增加了正确处理案件的难度。作为律师，我们肩负着既要维护被告人的合法权益，又应维护国法的正确实施的双重职责，因此有责任向法庭陈明真相，阐明观点，还事物以本来面目，因此先说明以下几个问题，为李小平辩。

一、关于起诉书

我从两个方面剖析起诉书的特点：

从总的方面说，起诉书对于案件涉及的主要问题，不查原因，不讲责任，不论作用，不分是非；对于案中的基本情节采取一锅煮的办法，因而有的失实，有的含混。关于案件的定性，侦查机关的破案报告及其后的多次讯问都认为是打架斗殴；起诉书认定为故意伤害，并未作出具有法律意义的论证，总之，没有说服力。

从具体的一面说，起诉书对于李小平的指控，因缺乏内容，适用法律不当，故而其本身证明着李小平无罪。尽管如此，起诉书竟然坚持要对李小平论罪科刑，因此，我们理所当然地对它持否定态度，并在下面作出相应的论断，供合议庭审查。

二、3月2日事件的真相与起诉书对于事件涉及事实的歪曲性认定。

3月2日事件的真相,根据查明的材料,无疑是:事发于蒋良利调戏侮辱妇女,并施加人身攻击,引起冲突,跟着就有人聚众滋事,暴力冲击理科公司,在公司人员奋力保卫公司安全的过程中,导致严重互殴,终于酿成不幸的死亡结果。

这个判断,有一系列的证据证明,正确无误,无可争辩;然而起诉书却以一连串的不实之词予以歪曲,我指出以下几点:

第一,起诉书把事件的起因说成是本案第四被告人刘绍伟和第九被告人王光辉"动手殴打蒋良利"。这是黑白颠倒之作,应予批驳。

第二,起诉书中所谓郭景兰女士与案中死者蒋良利"争吵"之说,是故意回避蒋调戏郭而被郭怒斥这个关键性的情节,用"争吵"含混地替代了"辱人"与"反抗"这一问题的实质。问题是这样的清楚;没有当时蒋某的卑劣言行,就不可能发生3月2日事件。这个基本点,绝对不可以掩盖或者歪曲。我们宣读的郭景兰证言表达了她的义正辞严的悲愤,理应引起合议庭的重视。

第三,起诉书把一群民工无端冲击理科公司,说成是因蒋良利被打而"冲来解救","要求交出打人者论理"。这纯属袒护恶人坏事的臆断之词,试问:

既是解救,为何聚十多人之众,而且个个手持凶器,不仅有棍而且有刀?起诉书说这是"工具",公诉人方才说是"防身"之用,对此我们怎敢苟同!虑及简单明了,故不拟申辩。

既是解救,在冲击的人群迫近理科公司之时,蒋良利马上就乘势加人队伍,解救已经立奏功效,为何还不罢休?

再问:所谓"打人者",当时就在冲击公司的民工的对面,用起诉书的话说是双方对峙,既是面对而立,怎么谈得上"交出"?主观臆断,出于偏袒,由此可见。

再问：所谓"要求……论理"如是实际情况，为何在理科公司的重要成员姚利玉、李小平先后反复劝阻、调停之时既不进行理论，又不停止武斗？

再问：既是论理，为何采取一连串的用器械凶猛地捅一扔一砸的非法举动，而且是"乱捅乱扔"，直至公然砸毁公司的交通工具？世上谁人能认同这样的"论理"方式？

以上，是我们就几个主要问题提出的质疑。至于起诉书的其他一些行文错误，例如把事件发生的时间定为"晚7时许"，与一系列的证据，特别是与《破案报告》的记载相对照，显然有重大失误，姑且不论。质疑完毕，应能得出如下的结论：本件诉讼的发生始于调戏、侮辱妇女，继之以暴力寻衅滋事，引发了聚众互殴、伤人致死的恶果。其中是非，恳请法庭明断。

三、起诉书对李小平的指控，表述为：在民工蒋等十多人手持铁管、木棍对理科公司进行骚扰冲击的严峻时刻，李"进行劝阻，未能平息，遂下令，冲出去打，把他们抓起来"。这是公诉机关断言李小平犯有"故意伤害罪"的全部事实根据。对于这个指控，我提出如下质疑与申辩，证明指控李有罪的根据完全不能成立。

第一，分析这段指控，首先有必要对本案涉及的证据问题作如下的说明：

（一）法庭没有采纳我们要求证人出庭质证的申请，我们服从法庭的决定，但因此确有许多证据只可存疑而不能确认。

（二）侦查卷宗存在着明显的伪造痕迹，对此我们将在适当场合另行提出。

（三）以关押、拘禁或刑讯逼供手段取证，为法律所严禁，本案中的这类证据依法完全没有法律的效力，无可置疑。

（四）证据运用不能不讲规则。公诉人至今不移送、不出示大多数案发之初的供述与证言，把这些原始的口供定为次要证据，不仅带有倾向性而且具有随意性，显然无助于查明事实真相，显然是

有害的。不仅如此，公诉人向法庭移送的材料既已申明为主要证据，其他不予移送的材料当然是次要证据；但在庭审调查中公诉人却将这些次要证据作为“秘密武器”当庭宣读，并据之给被告人定罪，这在实际上削弱了辩护的功能。任何被告人都不大可能对一连串的临时宣读的大量证言作出充分的反映和准确无误的判断，从而就在实际上部分地剥夺了被告的辩护权利。

所有这些，恳请合议庭予以审慎考虑，避免采证失误。

以上，是第一点。

第二，现在具体地分析这段指控。这段指控来自侦查机关提供的证言，但昨天的庭审调查充分证明：这些证言有的不仅因取证非法而无效，关键在于它们互不一致，且有矛盾，故依法不能确认。卷中证言证明，只有“把他们抓起来”一点，接近实际，没有歧义，应属可信。对此，打架一方的证人死者表姐李纯芝的证言可谓典型，她有杀弟之恨，也只是听到“把他们抓起来”，此外再无其他，可见“冲出去打”的指控不能证实。还应指出：根据公司职工时东辉的证言，李小平当时还提了这样的意见：“我们撤，把门关上。”并且说明李自己也撤了回来。时的证言，不仅为昨日法庭调查的情况所证实，且有应龙生的证词为证。据应的证言：“（李）把我们的人都叫回来了，大门关了。”证言相互一致，应予采信。对于如此重要的情节在判断责任时不可疏漏，请合议庭予以考虑。

第三，这段指控包括两个主要环节，一个是劝解无效，另一个是下令打人抓人，但这两者之间存在着明显的脱节，在劝解无效之后又发生了什么样的事件才有了“令”中的那段言语呢？起诉书在这里回避了整个事件过程中的极为重要的环节，即对方继续实施暴力冲击，行为益形粗暴蛮横，因此不可避免地会对事实作出不合实际的陈述。

第四，这段指控，退一步说，即便不予否定，我们认为由于未能对3月2日事件的起因与实质作出法律意义上的判断，由于没有

对李小平在 3 月 2 日事件的发生、发展的全过程中的全部言行作出综合性的考察，由于对他受到威胁的严重情况根本未作考虑，因而不可避免地作出了荒诞的判断，把“抓人”之说极其错误地视之为罪行。

概括地说：起诉书对李小平的指控，既缺乏充足的证据，又没有法律上的依据，因而从根本上不能成立。为了说明问题澄清是非，我们在下面沿着起诉书的行文顺序再作进一步的具体的申辩。

（一）所谓李小平“接到报告”之时，他正于开会中途入厕，仅止于听说下面有人打架，完全不了解当时的情况与态势。他不可能产生让两军对峙互相殴斗的动机与目的。

（二）李小平对施以暴力者进行“劝解”，恰恰说明了他的责任心与息事宁人的宽容态度，从而说明了他根本没有参与伤人或者令人伤人的主观故意。他一见斗殴现场一片混乱，便提出立即报警，就证明着我们的判断正确无误。

（三）起诉书指出他“未能有效平息事态”，这正说明当时互相殴斗场景的严峻与混乱，说明对方以暴力相迫的气焰的嚣张和暴力行为的没有停止，舍此不能得出其他的解释。

（四）起诉书行文至此，又恰恰回避了、抹杀了施暴民工的一系列的暴烈行为，其行为特点是民工十多人的“捅—扔—砸”的非法行为在持续发展并趋于进一步恶化。砸烂交通工具就是一个标志。这些情节，在本案中具有重要意义，不应忽视。这些情节对于李小平的思想会有一定的影响，也毋庸置疑。他作为公司的创始者、负责人，无论从哪个方面说都有义务极力维护公司的秩序和安全；他作为公司的总经理，更有责任去维护公司职工的人身安全。他当时不畏刀、棍，站在一线平息事态，正是责任心的表现，即使无效，何罪之有？

（五）关于起诉书的“遂下令”之说，是意图加罪李小平的最关紧要的一笔。对此，我们必须陈明以下的观点：

从法的角度考虑，不可以把某一负责人在任何场合的任何一句或几句言论，都混同于“令”。“令”，是职务行为，具有必须坚决执行的作用。所谓“下令”之后，理科公司员工中参与斗殴的人与“令”前并无增加，当时的旁观者并不介入，就是铁的证明。

李小平作为公司总经理，只对于公司的生产、科研、经营、管理等等方面的活动以做出决定的形式下达指令，而对于其他方面的活动，他也许会发出号召，提出建议，发表意见，甚至进行教唆，却不能下令。起诉书为了说明“令”的存在，设计了一句导语：“理科公司的人听着”。且不说这句话没有证据证实，请想一想，在那样一个人声嘈杂、极其混乱的殴斗情景中，即使下令谁还会用那样的“导语”？这种不合情理的说法，相信诸位法官能以明察。

也许有人硬要说这就是职务行为，那么，请问：他的行为有没有越权？是不是玩忽职守？请问：这种职务行为的出发点与目的是不是为了制止暴力侵害？是不是为了维护公司的安全和正常的秩序？是不是应该？是不是必要？

按照起诉书的说法，李小平命令的核心内容是：“冲出去打，把他们抓起来。”前已说明，这个命令的全部内容没有充分可信的证据全然证实，但我们仍愿作如下申述：

经查李小平并不否认他曾对自己身边的员工说过“把他们抓起来”，而这一点，又恰好是上述“命令”的重点与落脚点。

在这里有一点应属重要的是：对于李小平来说，在当时对于一群身份不明、来历不清、行为暴烈、意图难辨的暴徒的暴力行为愈益嚣张的态势下，面对着公司财产、职工安全受到的严重威胁，即使说了“冲出去打，把他们抓起来”，人们可以指责这不是平息事端的最佳方略，但毕竟可以达到免除威胁、免受进一步损害的目标，又未始不可以这样做。这样说了、做了，与犯罪也是“风马牛”，根本不搭界！以此为内容，加上一顶“下令”的帽子，也不可能达到定罪的目标。请允许我把上述的意见集中到一点上，就是：即使起诉

书列举的令文的三个分句统统成立，在当时面临非法侵害的严峻情势下，那个硬加的所谓“下令”也构不成“故意伤害罪”！

我们不可以在原则问题上不分是非。还要补充说明：公司的女工受人侮辱，公司的交通工具被砸烂，公司的无辜群众有人被无辜拘禁，对于这些，我们的行政权力机关竟然置若罔闻，至今无人过问，负有法律监督责任的检察机关实应依法予以纠正。对此相信能与公诉人达成共识。

四、对案中主要问题的法律分析。

我们分三点加以论证并作出论断。

第一，故意伤害罪的犯罪构成，其客观方面要求被告人必须有伤人的行为。李小平自始至终没有打人、伤人，指控他犯有“伤害罪”，如不能援引法条提出其他的附加条件，必然过于专断，于法无据。

公诉人会说，这里指控的是本案九个被告人的“共同犯罪”，对于李小平应视为“伤害罪”的共犯予以惩罚。好，这正是法律要求的其他的附加条件。我们将予说明：

考察这个问题，首先应当把握住一个法学常识，即：所谓“共同犯罪”，其基本内容是共同犯罪人都预见到他们的共同行为的性质及其所能产生的社会危害后果，并且一般地说希望着（或者放任）这个结果发生。不具备这个要件，没有这些特征，就根本不能构成共同犯罪。

作为共犯者，他应知其他共犯的主观故意与客观行为具有犯罪的性质，否则不能认为是“共犯”。在李小平看来，他没有根据与理由认为抵御—反抗—还击案中的十多个民工的骚扰、冲击、侵害公司的行为是非法的，他绝不会明知或认为他们各有其犯罪的故意。他相信他们的行为合情合理。即使他当时确有应把滋事民工“抓起来”的意思表示，由于前已陈明的理由，由于那是制止不法侵害的正当手段与正义行动，同样不能认为是“共犯”。刑法第二百

三十四条第一款关于“故意伤害他人身体”的规定，其犯罪构成的一个要件是指非法损害他人身体健康的行为，说明我们的论断于法有据。至于制止不法侵害中发生了过激或过分的情节，与起诉书援引的第二百三十四条无关，与我的当事人李小平的言论也无牵连，故不作申辩。

第二，对于共同犯罪，根据刑法总则中相关法条的要求，必须分清主次，以利于区别对待，因此又应根据其不同情况和不同作用，加以分类。关于分类的标准，我国刑法依据的是各人在共同犯罪中的作用，刑法“共同犯罪”一节中对此有着相应的规范。遵循这些规定和要求，最高人民检察院去年 1 月 30 日发布的《实施〈刑事诉讼法〉规则》的第二百四十七条第二款第四项明文规定，起诉书的主要内容应包括“共同犯罪各被告人应负的罪责”，本案的起诉书未能作出分类，没有遵照执行，不合规格，显然应加否定，予以驳回。

根据上述的法律原则和法定规范，对于没有具体的伤害行为的被告人李小平，不可以单独施用刑法第二百三十四条；如果公诉机关硬要专断地指控他犯有“故意伤害罪”，那就必须对他作出犯罪的分类，确定其作用，并适用其他相应的条款定罪量刑。刑法第二十九条和第二十六条中的有关条款正是为此而设。起诉书未予援引，说明该第二十九条和第二十六条中有关条款的规定，同样不适用于李小平。

第三，公诉人也许要说，本案是“简单共同犯罪”，对被告人无须分类。我们说，即使是如此，也同样不适用于李小平。我们在这里姑且不说简单共同犯罪的犯罪构成要求其主观方面必须有共同实行某一犯罪的直接故意，我要着重说明的是，其客观方面必须是共同实行犯罪。大家知道，只有实施某种犯罪的犯罪构成要件的行为，才是实行犯罪。李小平虽被指控为其言有罪，但毕竟构不成本案涉及的“共同犯罪”，他没有与任何人一同实施伤害行为，前已

说明，难道还有疑问吗？

第四，审判长，本案涉及多方面的因果关系，有的与李小平无关我不多说；但有一点应该着重指出的是：庭审调查证明，本案中的所有诉讼参与人，无不明确地、深切地认识到，案中民工的不法侵害是全案之“因”，也是判断案件性质的关键，因此，公诉人全力回避，予以抹杀，可是对于如此至关重要的问题怎么能回避、抹杀呢？

诸位法官，从3月2日事件的全过程考察，如果过于苛责抵抗、反击寻衅滋事不法侵害的行为，“见义勇为”的号召岂不成了空话？具体到李小平，他的确是这起偶发事件中的无辜者！对于案中的所有无辜者，我们认为都应立即无罪释放，借以伸张正义，维护国法；同时又可使他们继续在岗位上发挥作用，使“虫草王口服液”这一具有国宝价值的产品不至败落，使他们为中山市的经济发展作出贡献，为实现中央规定的今年经济指标作出努力。何者为是，何者为非；何者为大，何者为小，恳请明断。相信各位能够秉公办案，严肃执法！

1998年6月24日

二审辩护词

省高级人民法院刑一庭

李案合议庭：

针对市中级法院判决书，我们尊重省高级法院书面审理的决定，提出辩词如下——

一、据一审判决，李小平“犯伤害案”的全部事实仅止于：在歹徒聚众持械实施暴力袭击他负责的“理科公司”时，他“进行调解，但未能有效平息事态，遂对员工说：‘冲出去打，把他们抓起来！’”

我们注意到：一审判决否定了公诉机关把上述“情况”归为李小平“遂下令”的内容，变换为“遂……说”，这点进步毕竟是重要的；但我们仍有以下质疑，谨依法提出，为李小平辩：

（一）我们在一审法庭上曾经明确提出：“公诉人至今不移送、不出示大多数案发之初的供述与证言，……不仅带有倾向性而且具有随意性，显然无助于查明事实真相，显然是有害的。”实际情况确实如此，真的是让我们不幸而言中了。举例说：卷中有王耀生、井照卫、彭智勇、刘绍伟、王光辉等五人六次分别陈述，李小平因来袭歹徒持械施暴，才让他们“去把他们（手上的）东西抢过来”。其中王光辉对于公安人员的答询很有意思。公安人员问道：“是李小平叫你厂员工去打民工的吗？”王光辉回答：“不是。但是他叫我们去抢回民工手上的铁棒。”此为事发的当天晚上，即3月2日夜，其为可信，无可置疑。

这一事实的重要意义在于：他说明了，李小平当时的言行，全在于保护公司财产，维护员工安全，他决无“伤（人）”的故意！

（二）为什么要“把他们抓起来！”？我们只能根据当时的实际情况作答：李小平作为公司总经理，面对着一群身份不明、来历不明、手持凶器、行为暴烈的歹徒，看到愈益嚣张的态势和不能抑制的行为已经损坏公司财物、危及人身安全，于“劝解”无效，报警未至的情况下，为什么不可以“把他们抓起来”？

“抓起来”才能送“警”，是负责任的表现！

“抓起来”与“故意伤害”根本不搭界，并且恰恰说明既没有“伤害”的行为又没有“伤害”的意念，总之与“犯罪”实属“风马牛”而不相及！

（三）为什么要“冲出去打”？

首先应当说明：卷中证据对此情况的说法互不一致，且有矛盾。特别是，有的证言还提出了相反的说法，例如该公司职工时东辉的证言说：当时李小平提出，“我们撤，把门关上”。这与应龙生

的证言互相一致，据应龙生的证言，李小平当时“把我们的人都叫回来，大门关了”。一审对于有利于被告人的证据统统舍弃，这怎么做得到公正审理、依法判案呢？

其次，考虑到当时闹事者的暴烈作为，即使作为总经理的李小平说了“冲出去打”，也应断为适当的措施，合乎正当防卫的要求与条件。对此我们将在下面另作申辩。

总括以上各点，扼要地说：一审判决断定的“事实”，并不足以说明李小平犯有“故意伤害罪”。

二、本案的关键和焦点在于：事出于死者蒋良利调戏、侮辱妇女，暴力寻衅滋事；被侵害的理科公司及其部分员工被迫实施了正当防卫。一审对此，竭力回避，终致错判。

（一）本案涉及的“3月2日事件”，起于蒋良利用下流语言调戏、侮辱女工郭景兰，并施以人身攻击，于是引发了冲突与互殴。这个判断，有一系列的证据证明，确属事实，无可争辩。郭景兰作为被害人在事发的当夜就向公安人员如实地作了详细的控诉，材料在卷，毋庸置疑。一审判决把事件的起因说成是蒋良利被打，显系黑白颠倒，意在故意加罪给本案被告人。

（二）一审判决将一伙歹徒的暴力寻衅滋事，硬断为因蒋的被打而“持铁水管、木棍等工具冲来解救”。这与事实不符，所以根本讲不通。试想：

既称“解救”一个民工，为何一下子聚集十多人之众，而且个个手持凶器，有棍，有铁管，还有判决漏未列上的“刀”。判决书说这是“工具”，这是干什么活计的工具呢？把打人、毁物的铁家伙、木棍棒称之为“工具”，这不是偏袒、庇护又是什么呢？

既是“解救”同伴，那为什么要砸人铁门、打人经理、毁人车辆呢？

既是“解救”，当他们“冲来”（见判决书）之时，蒋良利就马上归队，“解救”功成，为什么并不罢休，反而更加嚣张，更形凶猛呢？一

审判决也承认这伙暴徒先是"猛砸"公司铁门,后又用铁器"乱捅乱扔",这与"救"人有什么关系呢?

我们注意到,一审判决否定了起诉书的众歹徒"要求……论理"的歪曲说词;但却不敢正视,既是前来"救人",为什么在公司的总经理出面"劝解"的大好时机不停止暴烈行动,平息事态?据一审判决,"冲来"的歹徒,在"猛砸……公司的拉闸门"时,曾"要求交出打人者",这一层,从根本上说,是控方的胡编,如真的有此"要求",试问他们向谁提过?得到了答复没有?据案中材料,当时公司先后有两个主要负责人员即李小平和姚利玉先后与之见面反复"劝阻",他们又为何不提这种"要求"?这是在为歹徒的暴烈行为打掩护,借以加罪于人,至为明显。

最后还必须说明:既是为了"救出"同伴,那又为什么在作为总经理的人出面"劝解"之时,偏偏要以棍击之呢?李小平先后挨了两棍,一审开庭时已经有人证明,卷中更有证明材料证实,无可置疑。这个情节,难道不能说明问题?

总结以上几点,本案的关键在于蒋良利等人实施暴力寻衅滋事,毁了公司财物,危及人身安全。正因为如此,所以——

(三)公司员工殴打蒋良利的行为符合刑法关于正当防卫的规定。

或谓:死了人,事关重大,即使是防卫,也属"过当"。我们说:不对!刑法第二十条第三款明定:"对正在行凶……以及其他严重危害人身安全的暴力犯罪,采取防卫行为,造成侵害人伤亡的,不属于防卫过当,不负刑事责任。"新刑法中的这款关于无限制防卫原则的确立,旨在鼓励公民与违法犯罪的暴力行为进行斗争,强化公民的正当防卫的权利意识并在法律上给予有力的保护,是新刑法对于原刑法的一个重要补充。这里应当掌握住的要点在于:凡属暴力,就可能"危害人身安全",因而就应支持被侵害者实行正当防卫!

蒋良利等人手持凶器，砸铁门，打员工，毁财物，而且达到了“乱捅乱扔”（见判决书）的程度，这不是暴力又是什么？公司的员工，特别是“保安人员”，忍无可忍，予以还击，实施防卫，这有什么不正当？

由此可见，我们断言李小平无罪，确有其法律上的充分依据。一审判决说我们的辩护意见“均与事实不符不予采信”；可是，一审根本指不出哪点不符事实，所谓“不予采信”，未免太过武断了。

三、一审判决认定李小平犯“故意伤害罪”，而且与其他八被告人并列，实质上断为“共同犯罪”，这是公然的枉法，不敢不作出郑重的申辩——

（一）我们在前面一再论及李小平决无“打人、伤人”的故意，于此不赘。事实已经证明，李小平在整个事件中，即使在本人连遭棍击、危及安全的严重情势下，自始至终也从无“打人、伤人”的行为。被告人的主观上没有犯罪故意，客观方面没有犯罪行为，判决他犯了“伤害罪”，显然过于武断，应属枉法裁决！

（二）或谓：李小平在整个事件中的表现与其他八被告人的案中行为属于“共同犯罪”。

第一，作为“共犯”，他却并不知道其他“共犯”的主观故意与客观行为具有犯罪的性质，这怎么能构成共同犯罪呢？

第二，“简单共同犯罪”的犯罪构成要求其主观方面必须有共同实行某一犯罪（在本案即是伤害）的直接故意，其客观方面必须是共同实行犯罪。李小平的案中表现不具有此一犯罪构成的基本要件，前已申辩，不作复述。

第三，刑法规定，断为共同犯罪，必须按参与人在共同犯罪中的地位、作用以及参与的程度，确定分类，分清主次。为此，刑法将共同犯罪分为(1)主犯（第二十六条）；(2)从犯（第二十七条）；(3)胁从犯（第二十八条）；(4)教唆犯（第二十九条）。一审判决在我们的极力主张下都未能援引以上各条款，说明这些规定都不适用于

李小平应无疑义。既然如此，又怎么能按“共同犯罪”对李小平加以判处呢？

（三）考虑到一审对本案的主要问题和基本情节沿袭了起诉书的错误，不查原因，不讲责任，不分是非，更不论作用，采取了“一锅煮”的办法，我们不得不指出：

第一，案中的死者蒋良利及其同伙的不法侵害和暴力行为，是全案之“因”，这一点至关重要，恳请明察。

第二，死者在何时、被何人、用什么样的“钝器”击伤致死，侦察、公诉机关未查，一审在公开审理中有漏审，但这个情节对于弄清全部案情又至关重要，不可不查。我们在去年12月初收到理科公司职工交来的一份新的证词，或有参考价值，一并呈上，请附卷备查。

第三，对理科公司实施暴力进行不法侵害的一伙“民工”十余人，由谁召集，如何聚齐，为何持凶器，为何对一家合法存在的正规公司“乱捅乱扔”，对此不查，不可能做到司法公正，不可能弄清全部案情，应请依法补救。

四、一点质疑。

公安机关的原始立案、破案报告，都将“3月2日事件”明定为“互相殴斗”，“互殴”。既然如此，为什么将“互”的另一方十多人之众统统不予审查，无一被拘押？甚至把当夜起了很坏作用的欧海列为“被害人”！如此偏袒，必有缘故；一审不查，看来也不是由于疏忽。

我们坚信二审合议庭的公正性，我们决不怀疑，高院会严肃执法，纠正一审的偏差与错误，作出实事求是的裁决！

敬请审查，并祈采纳。

1999年1月10日　北京

诉 讼 文 书

市人民检察院起诉书

被告人李小平，男，捕前系中山市理科虫草制品有限公司总经理。

被告人井照卫，男，捕前系中山市理科虫草制品有限公司电工。

被告人张书凯，男，捕前系中山市理科虫草制品有限公司灌装班班长。

被告人刘绍伟，男，捕前系中山市理科虫草制品有限公司包装工。

被告人王耀生，男，捕前系中山市理科虫草制品有限公司保安班副班长。

被告人何红涛，男，捕前系中山市理科虫草制品有限公司保安班班长。

被告人池文军，男，捕前系中山市理科虫草制品有限公司包装工。

被告人张学军，男，捕前系中山市理科虫草制品有限公司保安员。

被告人王光辉，男，捕前系中山市理科虫草制品有限公司消毒员。

被告人李小平、井照卫等九人故意伤害一案，由中山市公安局侦查终结，于1998年5月6日移送本院审查起诉，经依法审查表明：

1998年3月2日晚7时许,被告人刘绍伟、王光辉在理科虫草制品有限公司大门右侧处见同乡郭景兰(女)与被害人蒋×利争吵,便上前质问并动手殴打蒋×利,随后,闻讯先后赶来的被告人井照卫、张书凯、王耀生、何红涛、池文军、张学军与刘绍伟、王光辉一道追截跑开的蒋×利,把躲藏在草丛中的蒋×利搜出用铁水管和拳、脚殴打,并押往公司保安室。蒋的同乡李俭、欧海等十多人持铁水管、木棍冲来解救,蒋乘乱脱身,与欧海等十多人用铁水管、木棍等工具猛砸理科公司的钢闸门要求交出打人者论理,并用水管、木棍隔着钢闸门乱捅乱扔,与钢闸门内的几十名理科公司的员工对峙。被告人李小平接到报告后来到钢闸门前进行劝解,但未能有效平息事态,遂下令:"理科公司的人听着,冲出去打,把他们抓起来",公司的几十名员工听罢便手持铁水管、木棍等工具一涌而出追打见状四散逃跑的蒋×利、欧海等人。率先冲出公司大门的被告人井照卫、张书凯、刘绍伟、王耀生、何红涛、池文军、张学军、王光辉等人在一草丛中搜到蒋×利,拉出用铁水管、木棍殴打,蒋经送医院抢救无效死亡。

上述犯罪事实清楚,证据确实、充分,足以认定。

均构成故意伤害罪。

1998年6月2日

中级法院刑事判决书(摘要)

公诉机关:市人民检察院。

被告人李小平,男,原系中山市理科虫草制品有限公司总经理。

被告人王耀生,原系中山市理科公司保安班副班长。

被告人张书凯,原系中山市理科公司灌装班班长。

被告人刘绍伟，原系中山市理科公司包装工。

公诉机关指控：1998年3月2日晚7时许，被告人李小平、井照卫、张书凯、刘绍伟、王耀生、何红涛、池文军、张学军、王光辉采用暴力手段故意伤害他人身体，致蒋良利死亡。九名被告人的行为均已构成故意伤害罪，提请本院依法判处。被告人李小平、何红涛、王光辉的辩护人均作无罪辩护；被告人井照卫、张书凯的辩护人辩称被告人的行为属正当防卫；被告人刘绍伟、王耀生的辩护人辩称被告人的行为属防卫过当；被告人池文军、张学军的辩护人辩称认定被告人犯罪的证据不足。

经审理查明：1998年3月2日晚7时许，被告人刘绍伟、王光辉在中山市理科公司大门右侧处见同乡郭××(女)与被害人蒋良利发生争吵，便上前质问并动手殴打蒋良利。蒋跑向某部队前面空地，闻讯赶来的被告人王耀生、张书凯、何红涛、井照卫、池文军、张学军也一道追截蒋良利，被告人王耀生、张书凯将躲藏在草丛中的蒋搜出后，与上述被告人一起殴打蒋良利，后由张书凯、何红涛将蒋押往理科公司。蒋良利的同乡李×、欧×等十多人得知消息后，持铁水管、木棍等工具冲来解救，蒋乘机脱身后，与李×、欧×等人用铁水管等工具猛砸理科公司的拉闸门，要求交出打人者，与拉闸门内几十名理科公司的员工对峙，且双方用铁水管等工具相互乱捅乱扔。被告人李小平接到报告后来到拉闸门前进行劝解，但未能有效平息事态，遂对理科公司员工说："冲出去打，把他们抓起来！"该公司的几十名员工听罢便手持铁水管、木棍等工具一涌而出，追打见状四散逃跑的蒋良利、欧×等人。欧×被打伤后拼命逃脱，被害人蒋良利跑至广盛公司对面公路时，被何红涛抓住，与随后赶来的王耀生、张书凯、刘绍伟、井照卫、池文军、张学军、王光辉等人分别用铁水管、木棍和拳脚殴打蒋良利致不能动弹。蒋良利经送医院抢救无效而死亡。

案发后，被告人所在的中山市理科虫草制品有限公司赔偿人

民币10万元、被告人李小平赔偿人民币5万元给被害人蒋良利家属。

本院认为：被告人采用暴力手段故意伤害他人身体，致一人死亡、一人轻伤，其行为均已构成故意伤害罪，依法应予惩处。被告人王光辉犯罪时不满十八周岁，依法应当减轻处罚。被告人及辩护人分别所作的无罪、正当防卫或防卫过当的辩护意见，经查均与事实不符，不予采纳。鉴于被告人所在公司及李小平个人在案发后能积极对被害人家属予以经济赔偿，有悔罪表现，可酌情从轻处罚。判决如下：

一、被告人李小平犯故意伤害罪，判处有期徒刑十一年，剥夺政治权利三年；

二、被告人王耀生犯故意伤害罪，判处有期徒刑十一年，剥夺政治权利三年；

1998年8月11日

高级法院刑事判决书（摘要）

原公诉机关：市人民检察院。

上诉人（原审被告人）李小平，中山市理科虫草制品有限公司总经理。

上诉人（原审被告人）井照卫，男，捕前是中山市理科虫草制品有限公司电工，1998年3月2日被刑事拘留，同年4月9日被逮捕。现在押。

上诉人（原审被告人）张书凯，男，捕前是中山市理科虫草制品有限公司灌装班班长，1998年3月2日被刑事拘留，同年4月9日被逮捕。现在押。

上诉人（原审被告人）刘绍伟，男，捕前是中山市理科虫草制品

有限公司包装工,1998年3月2日被刑事拘留,同年4月9日被逮捕。现在押。

上诉人(原审被告人)王耀生,男,捕前是中山市理科虫草制品有限公司保安班副班长,1998年3月2日被刑事拘留,同年4月9日被逮捕。现在押。

上诉人(原审被告人)池文军,男,捕前是中山市理科虫草制品有限公司包装工,1998年3月2日被刑事拘留,同年4月9日被逮捕。现在押。

原审被告人何红涛,男,捕前是中山市理科虫草制品有限公司保安班长,1998年3月2日被刑事拘留,同年4月9日被逮捕。现在押。

原审被告人张学军,男,捕前是中山市理科虫草制品有限公司保安员,1998年3月2日被刑事拘留,同年4月10日被逮捕。现在押。

原审被告人王光辉,男,捕前是中山市理科虫草制品有限公司消毒员,1998年3月2日被刑事拘留,同年4月10日被逮捕。现在押。

市中级人民法院审理市检察院指控被告人李小平等犯故意伤害罪一案,于1998年8月11日作出刑事判决,原审被告人李小平、井照卫、张书凯、刘绍伟、王耀生、池文军不服,提出上诉。本院依法组成合议庭,经阅卷、讯问被告人及听取辩护人的意见,认为事实清楚,决定不开庭审理。现已审理终结。

原判认定:1998年3月2日晚7时许,被告人刘绍伟、王光辉在中山市理科虫草制品有限公司大门口右侧见女同乡郭××与被害人蒋良利发生争吵便上前质问,并不顾他人劝阻动手殴打蒋良利。蒋见势不妙,拔腿就跑,闻讯赶来的被告人王耀生、张书凯、何红涛、井照卫、池文军、张学军参与追截蒋良利。不久,王耀生、张书凯将躲藏在草丛中的蒋良利搜出并与上列被告人殴打蒋良利。

打后，由张书凯、何红涛将蒋押回虫草制品公司。与此同时，蒋良利的同乡李×、欧×等十多人得知蒋被打消息后，持铁水管、木棍等工具冲到虫草公司解救，蒋良利乘机脱身后，与李×、欧×等人持铁水管等工具猛砸虫草公司拉闸门，要求交出打人者，并与拉闸门内几十名虫草公司员工对峙，双方用铁水管等工具相互乱捅乱扔。不久，被告人李小平接到报告后来到拉闸门前进行劝解，但未能有效平息事态，并对虫草公司员工说："冲出去打，把他们抓起来。"该公司员工听罢手持铁水管、木棍等工具一涌而出追打蒋良利、李×、欧×等人。欧×被打轻伤后逃走。蒋良利跑至广盛公司对面公路时，被何红涛抓住，并与随后赶到的王耀生、张书凯、刘绍伟、井照卫、池文军、张学军、王光辉等人分别用铁水管、木棍和拳脚殴打蒋良利致左腰脾脏破裂出血性休克死亡。

案发后，中山市理科虫草制品公司赔偿人民币 10 万元、李小平赔偿人民币 5 万元给被害人蒋良利亲属。

以上事实，有证人证言、现场照片、提取的作案工具及法医鉴定结论等证据证实。各被告人亦供认在案，证据确实充分，足资认定。

原判根据上述事实和证据，认定被告人李小平、王耀生等人已构成故意伤害罪。

宣判后李小平上诉及其辩护律师提出：李小平的行为属正当防卫，且没有伤害的故意，也没有伤害行为，其不构成犯罪，应宣告无罪。

井照卫、张书凯及其辩护律师均提出：被害方纠集十多人持械到理科虫草公司门口闹事，在公司财产受到侵害和员工身体受到威胁的情况下，实行正当防卫，其行为属正当防卫，不负刑事责任。

刘绍伟、王耀生、池文军上诉均提出其行为属防卫过当。

经审理查明：1998 年 3 月 2 日晚 7 时许，上诉人井照卫之妻郭××在理科虫草制品公司门口右侧约十多米处等人时，被害人

蒋良利路经郭身边时用秽语调戏侮辱郭，据此双方发生争吵。上诉人刘绍伟、原审被告人王光辉见状并获悉其女同乡郭××被侮辱后，便动手殴打蒋良利。在此期间，蒋良利的表姐夫邹景才、表姐李纯芝及同乡杨××见状上前劝阻未果，刘绍伟、王光辉与蒋良利、杨××又发生打斗。正在虫草制品公司保安室的井照卫、王耀生、张书凯、张学军见状便持铁水管等工具冲上前欧打蒋、杨。蒋良利见势不妙，向虫草公司旁空地逃跑。王耀生、刘绍伟等人边追边喊抓住他(蒋良利)。当追到空地时，上诉人池文军、原审被告人何红涛听到叫喊声便翻围墙进人空地参与追截蒋良利。不久，蒋良利被王耀生、张书凯抓住，并与王光辉、张学军、刘绍伟等人对蒋殴打。打后，由何红涛、张书凯押住蒋良利回理科公司处理。蒋被打逃跑期间，同乡李×、欧×不听邹××等人的劝阻，先后纠合了同乡十多人手持铁水管、铁铲等工具赶来虫草公司解救。与何红涛等人相遇，何便将蒋放掉并与井照卫等人跑进公司内，拿起铁水管、木棍等工具准备斗殴。蒋见李×、欧×等人冲到虫草公司门前，便加人冲到公司门口与刘绍伟等打斗。在此期间，虫草公司财务总监姚××闻讯赶到现场劝阻无效遂叫人将电动拉闸门关上，但李×、欧×及蒋良利等人仍不罢休，手持铁水管、铁铲等工具猛砸电动闸门要求交出打人者，并与闸门内的刘绍伟等人相互乱捅乱扔和互抛铁水管、木棍对峙。上诉人李小平接报后赶到现场即叫人报警并劝阻双方停手。但蒋良利、李×、欧×等人不但不停手反而猛砸电动闸门和砸烂一辆职工自行车。此时，李小平在劝阻无效的情况下，遂对闸内员工说："冲出去打，把他们抓起来。"值班保安员便打开电动闸门，何红涛、王耀生等数十名员工持铁水管、木棍等工具随即一涌而出。蒋良利等人见状掉头逃跑，蒋被何红涛抓住推倒在地上，并与随后赶到的王耀生、张书凯、刘绍伟、井照卫、池文军、张学军、王光辉等人持铁水管、木棍围住蒋良利殴打致蒋良利左腰脾脏破裂出血性休克死亡。

上诉人李小平接到报告后赶到现场见双方手持铁水管、木棍等工具在拉闸门内外互相对峙，应明知双方均有故意伤害他人身体的故意，但其下令冲出去打，把他们抓起来，并造成一人死亡的严重后果。故其及辩护人称没有伤害故意，据理不足，应予驳回。其称没有伤害行为属实，但其身为总经理说“冲出去打，把他们抓起来”一句话，造成他人死亡的严重后果，其有不可推卸的责任，故其及辩护人称不构成犯罪，理由不充分，不予采纳。

上诉人井照卫、张书凯持械与被害方相峙时，李小平在劝阻无效的情况下说了一句“冲出去打，把他们抓起来”后，被害方掉头逃跑，其侵害行为已停止，但井照卫等人持械冲出追至50多米远的地方将他人殴打致死。故井照卫、张书凯及其辩护人称其行为属正当防卫和刘绍伟、王耀生、池文军称防卫过当均不符法律规定，但根据本案的具体情况可以减轻处罚。

本院认为：上诉人李小平、井照卫、张书凯、刘绍伟、王耀生、池文军、原审被告人何红涛、张学军、王光辉无视国家法律，故意伤害他人身体致一人死亡，其行为均已构成故意伤害罪，应依法判处。王光辉犯罪时未满十八岁，依法应减轻处罚。根据本案的特殊情况，对李小平等八人亦可减轻处罚。原审判决定罪准确，审判程序合法；但未认定本案起因是由被害方引起和在双方对峙中多人出面劝阻等情节不妥，且量刑不当，应予纠正。李小平上诉及其辩护人提出不构成犯罪；井照卫、张书凯上诉及其辩护人提出属正当防卫；刘绍伟、王耀生、池文军上诉称属防卫过当的理由，经查均不能成立，但根据本案的特殊情况，依法可以减轻处罚。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条第二项的规定，判决如下：

一、撤销市中级人民法院刑事判决。

二、上诉人王耀生犯故意伤害罪，判处有期徒刑六年。

三、上诉人张书凯犯故意伤害罪，判处有期徒刑六年。

四、上诉人刘绍伟犯故意伤害罪，判处有期徒刑五年。

五、上诉人井照卫犯故意伤害罪,判处有期徒刑五年。

六、上诉人池文军犯故意伤害罪,判处有期徒刑五年。

七、上诉人李小平犯故意伤害罪,判处有期徒刑三年。

八、原审被告人何红涛犯故意伤害罪,判处有期徒刑五年。

九、原审被告人张学军犯故意伤害罪,判处有期徒刑五年。

十、原审被告人王光辉犯故意伤害罪,判处有期徒刑三年。

本判决为终审判决。

根据《中华人民共和国刑法》第六十三条第二款之规定,本判决须报请最高人民法院核准。

2000 年 3 月 12 日

记者董服民“侵权案”

案 情 简 介

电影导演古榕、演员徐松子夫妇，状告包毅范发表的《影视圈里家天下》文章，使用侮辱性词语贬低人格，损害名誉权。案经人民法院受理，本案原告人赵某某在该案中代理被告一方参加诉讼。记者董服民旁听了此案，于审理后发表《〈影视圈里家天下〉的纷争》，记录了论辩实况，由《民主与法制》杂志刊载。赵某某以董文“捏造（他的）代理词”，“内容严重失实，并施以侮辱行为……侵害（其）名誉权”以及发表的刊物又“配发侮辱（他的）虚假照片”丑化了他的形象，诉请停止侵害，赔礼道歉，给予赔偿。

律师代理董服民应诉，《民主与法制》杂志社参加诉讼。一审判决赵某某败诉，驳回了他的全部请求。

注：本案原告人姓名、工作单位均隐（编者）。

代 理 词

审判长：

我们作为本案被告人董服民的律师，受托针对原告人的起诉发表如下的代理意见：

我们认为董服民所写的《〈影视圈里家天下〉的纷争》，作为诉讼实录，其基本事实有据，文字公允，态度严肃，无一字一句侵犯任何人的名誉权。原告的侵权之诉，情属无的放矢，于事不合，于法无据。

一、本案的基本事实。

（一）董文涉及的情况和相关资料，全部来源于另案（以下代称"家"案）当事人和代理人提交法院的正式书面材料。

（二）董文是一场民事诉讼的实录，所录各节分属原被告双方的论点、论据。文章的标题原本就是"论辩录"。其中不仅没有评点，而且没有本人的立论，客观交代，公正严肃，无可指谪。

（三）董文在《民主与法制》的附刊发出时，由于外在的原因，行文中增添了"赵某某"三字，本案被告人即作者董服民对此事先并不知情。这种增添在文字上或有败笔，读来不顺，但与侵权无关。

这些事实在本案中所能反映的问题，借用"家"案被告一方代理律师的概括，就是："所谓的名誉侵权完全是原告的主观臆造。"

二、关于原告的起诉理由。

原告的诉状称：董文"内容严重失实并施以侮辱行为，不仅误导社会舆论，而且侵害原告名誉"。其根据则是"捏造原告代理词"。至于"捏造"的根据，原告诉状又提出以下四点：

（一）董文对于废片问题的说法"没有一句摘自原告代理词"。

（二）原告曾出版过法律专著，不可能说出如董文报道的“一部片子的时间则不到十分钟”之类的话。

（三）原告在“家”案中“列举《红尘》计划拍摄十二部，不是如董文所写的十部；实拍总数一百十三部，不是（如董文所写的）一百十部”。

（四）董文“将金忠德律师代理词的部分内容（庭上有些未讲或依新证据更正），偷偷弄到原告或（‘家’案中另一被告人）三凡（古榕一案的代理人之一）名下，目的在于歪曲法庭辩论真相”。

把以上这四点概括起来，无非是两条：

1. 董文中涉及的数字，有两处误差，一是把十二写作十，一是把一百十三写作一百十；

2. 对他“长达七千余字的代理词视若无睹”，倒把另一位代理律师讲的部分内容安在他的名下了。这两大问题说明什么呢？原告诉状说，它证明“作者主观动机别有用心，客观损害原告名誉”，甚至还误导了“社会舆论”！

三、我们对原告诉状的辩驳。

冷静地分析一下原告诉状中的上述论点与论据，客观地说，实在不值一驳；但是，我们基于对法庭的尊重，考虑到既是应诉，就理当说清事实，陈明观点，以利于澄清是非，从而有助于合议庭的决断。为此作如下的辩驳——

第一，写文章弄错数据发生误差诚然是应当纠正的缺点，但这与名誉侵权毕竟是风马牛，根本不搭界，更何况董文中涉及“耗片比”的数字误差，全部来自与本案原告同为“家”案被告代理人的金忠德律师的代理词！我们注意到，原告的诉状在这点上花了点心思，他用括号加了个说明，表示金的这份代理词“庭上有些未讲或依新证据更正了”。可是，董文引用的恰恰是庭审之后提交法庭的正式书面文件，它当然是“更正”之后的正本，与当庭念或未念毫无关系。两人同时代理一个当事人却在代理词中出现了互不一致的

偏差，现在让写作诉讼实录的案外人承担法律责任，这不仅于法无据，甚至连起码的情理都不顾了。对于原告的这种无端指责，我们代表我们的当事人断然拒绝，恳请法庭明鉴。

第二，我们在前面提到，董文在《民主与法制》附刊发出时，行文中被增添了赵某某的名字，于是出现了"将金忠德律师代理词的部分内容……偷偷弄到原告或三凡名下"的现象。其结果是在文字上有了不畅不顺的败笔，这从著文的角度来看，显然也是应当纠正与改进的。至于由此是否发生侵权或损害原告名誉的问题，那又当具体分析。我们姑且不论原告与金律师在"家"案中同为一方，基本观点自然完全一致，两人的说法即使在行文中互相倒置一下，也不可能发生实际危害或损害；如果硬要与"损害名誉"挂钩，那只能是出现了一个极为反常的情况，即金律师的"代理词部分内容"相当低劣或极其荒谬。这里的问题是，原告如举不出事实证明"金"词中确有这样的反常情况，那我们要说，原告的"损害名誉"之

说倒真的是"别有用心"了。审判长，我们在这里还想提请原告考虑一个事实：他在诉状的行文中也有败笔，上面提到的"偷偷弄到原告名下"的说法就是适例。董文白纸黑字，昭昭明明，用"偷偷"这样的谤语，不伦不类，距事实也太远了。尽管人们能够洞察诉状作者的用心，可谁也不会因此而指责他应负"损害(人)名誉"的法律责任。对于一些"长期从事……法律法规研究"的工作者来说，包括我们在内，拿这类小题目硬从法律的高度做大文章，是应当具有分寸感的。真理与荒谬的界限，在这里是再清楚不过了。

审判长：尽管原告诉状所说的"配发照片"丑化了原告社会形象，贬损原告人格尊严一节，于被告人董服民没有任何牵连；但是，鉴于原告采取了含混其词的办法，不实指"配发"一事应放在哪个被告人名下，而泛指为"被告"的作为，故不得不加以辩驳。

对于原告的这项指责，总的印象是：不知所云。认真研究其论点、论据，实在弄不清楚他到底在讲些什么，"理"在哪里？

第一，诉状所谓“配发侮辱原告的虚假照片”，这指的是什么呢？哪张照片，或者照片中的哪个人物的形象是“虚假”的呢？既然是假的，也许构成民事欺诈，怎么会“侮辱”到原告的头上了呢？

第二，所谓“采用偷梁换柱，故意丑化”何所指呢？有哪些事实呢？例如：哪根大梁被哪个人换成了一根柱子呢？丑化且属故意，这从何谈起呢？审判长，原告把明知为友人戏谑“调侃”的内容也列人诉状并公然依为论据，且不论其是否严肃郑重，我们有理由请原告说明：揉眼、抠鼻，即使是照片中的真情实景，也无非是照片上人物本身的形体动作，怎么就能构成“侮辱”了呢？退一步说，即使是某个动作体现出的某一形象，未能表现出人物的最佳状态、最雅特征，似乎也不宜把这种不足委祸于摄影者，因为摄影技巧在这里绝不起决定性的作用，那决定性的因素，得从人物本身去寻找才合乎道理。比如说，人物如把那“明显疲劳”的情态，换作全神贯注、神采飞扬就绝不会生出令友人“调侃”、本人神伤的效果。方才原告人说：“难道在法庭上解裤子，或只戴乳罩、穿三点式也能拍下来吗？”我们正告赵某某，这是放肆，是对法庭的亵渎。谁让你在法庭上脱裤子？你想干什么？总之，摄影者是无辜的。凡属法庭摄影，无不是经过批准的现场实拍，这中间怎么能产生出如原告诉状所指的诽谤、侮辱、丑化与贬损呢？

第三，无论是人物的个人形象或者什么“社会形象”，同人物的“人格”都是两类性质不同的问题。形象差些，或者一时有了点缺陷，“人格”也因而有了问题，甚至损及尊严，这是谁家的道理?!

第四，诉状援引一位学者为“新闻侮辱”表述的概念，来证实原告的上述指责有理。这其实是多余的。人们不会忘记，本案原告人在“家”案中为己方辩护时曾给“侮辱”下过一个定义，就是：“侮辱是指以下流语言或动作对他人进行侮辱。”我们无意讨论侮辱的定义，只是想指出：作为学人，对于如此严肃的事物，怎么可以对己一种说法而对人则又另举一套呢？这里到底有没有是非标准呢？

第五,也是与被告人董服民的关系最为密切的,原告诉状明明写着,是"报纸配发……(的)新闻照片",却为什么一定要把两被告捆在一起肆意攻打呢?难道清水真的能让一些人搅浑吗?浑水摸鱼者总是心存侥幸,这不是我们适用法律解决问题的正道!

四、我们对本案的法律见解。

根据以上的陈述和辩驳,可以得出以下的判断:

第一,董文的文字,说明作者即本案被告董服民主观上没有任何过错。

第二,董文的文字,无一字一句构成违法。

第三,董文作为客观事物的实录,绝无损害原告人名誉的事实。

第四,原告人设想的"侵害"和"误导",与被告人董服民没有关系。原告人设想的损害后果或者是他的朋友的"调侃",或者是语焉不详的某人的旁敲侧击,本质上构不成起诉的依据。

这几点判断,用最高人民法院1993年8月发出的关于审理名誉权案件的著名司法解释加以衡量,可知董文即董服民的行为不具有"侵犯名誉权"所应具备的四个法定要件,原告之诉,于法无据。

这里应加补充说明的是:我们认为,名誉权是一个具有很高的道德价值、严格的法律界限和现实可能的判断标准的概念。名誉权因其庄严、神圣而受到国法的坚定不移的保护。公民要求保护他的名誉权是他的庄严、神圣的基本权利;可是,采用曲解事实、违背法律规定,假想一个"对立面",尔后抓住人家在行文上的某些事先不能预料的细微瑕疵,滥用这项神圣的权利,纠缠于诉讼,这又是我们坚决反对并会竭力抵制的。

综上所陈,应能达到这样一个基本的结论,即:原告所谓"停止侵害,赔礼道歉,消除影响,赔偿损失"的几点要求,纯属捕风捉影,无理无据,依法应予以驳回,以维护被告人董服民的合法权益,以

维护法律的尊严不受损害。

鉴于原告人在法庭上肆无忌惮地对被告方及其代理人进行了放肆的攻击，甚至诬蔑我们的当事人董服民搞什么“有偿新闻”，我们保留对这类实属侮辱、诽谤的恶言毒语保留追诉的权利。

请予审核，请求采纳。

1995年10月9日

注：本案与傅可心律师合办。

诉讼文书

原告起诉状

原告:赵某某　男　某学院讲师

被告:《民主与法制》社　法定代表人:王厚德　职务:社长

被告:董服民　男　《民主与法制》杂志社记者

案由:侵害名誉权

事实与理由:

《民主与法制》画报发表署名"董服民"的《〈影视圈里家天下〉的纷争——古榕、徐松子名誉权案庭审纪实》报道,内容严重失实并施以侮辱行为,不仅误导社会舆论,而且侵害原告("家"案被告代理人)名誉。

一、捏造原告代理词。报道称:"对于废片问题,被告代理人赵玉忠举了……"共有六个自然段。但是没有一句摘自原告代理词。原告长期从事影视法规研究,曾经出版过专著《影视音像业实用法律知识》,不可能说"一部片子的时间则不到十分钟"之类的话。原告代理词中引用行业规章:故事片每部标准长度2700米(即九本),标准放映时间为九十分钟,也即行业标准每画本为十分钟。有位同行由此推断:这篇报道虚假且带有倾向性。再有原告列举《红尘》计划拍摄十二部,不是十部;实拍总数一百十三部,不是一百十部。被告作者对于原告长达七千余字的代理词视若无睹,却又将金忠德律师代理词的部分内容(庭上有些未讲或依新证据更正),偷偷弄到原告或三凡名下,目的在于歪曲法庭辩论真相。这种嫁接手法表明,被告作者主观动机别有用心,客观损害原告名誉。

二、配发侮辱原告的虚假照片。报纸配发"家"案被告一方新闻照片,采用偷梁换柱、故意丑化的手段。第一,该照片是当天下午另案庭审实景,而非上午本案实景。因为上午原告外着皮夹克且水杯放在桌下。被告作者3月11日在《法制日报》发表内容略有删减的相同文章,不过改用正常照片。第二,我方参与全天庭审七个多小时,下午略显疲劳无可非议;但是拍摄者从旁听席角度趁本人摘眼镜瞬间抓拍下来,主观恶意暴露无遗。有位朋友打电话调侃:"你是在揉眼睛还是抠鼻子?"还有读者一针见血:"这就叫恶心人!"著名学者魏永征先生论及:"新闻侮辱是以污秽、粗鄙、下流的词语或图像施加于特定人。"被告采用诽谤加侮辱手段,丑化原告社会形象,贬损原告人格尊严。

原告认为:新闻应当遵循真实性、客观性、公正性原则。诉讼代理人基于证据事实和法律理解为委托人出庭辩护,其合法的代理行为及其人格尊严,同样应当受到法律保护。被告作者及报社丧失起码的新闻职业道德,严重侵害原告名誉。为了维护公民个人合法权益,根据我国民法通则第一百二十条规定,特提出以下诉讼请求:

第一,要求判令被告停止侵害,公开在《民主与法制》画报和《法制日报》上向原告赔礼道歉、消除影响。

第二,要求判令被告赔偿原告经济损失,给付原告精神损害补偿。

区人民法院民事判决书

原告赵某某,男,某学院讲师。

被告《民主与法制》社,地址(略)。

法定代表人王厚德,社长。

委托代理人朱克辛,男,《民主与法制》社总编辑助理。

被告董服民,男,《民主与法制》杂志社记者兼编辑。

委托代理人张思之、傅可心，中北律师事务所律师。

原告赵某某诉被告《民主与法制》社、董服民侵害名誉权一案，本院受理后，依法组成合议庭，公开开庭进行了审理。本案原告及被告代理人到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告赵某某诉称，被告董服民在1995年3月1日的《民主与法制》画报上发表了《〈影视圈里家天下〉的纷争——古榕、徐松子名誉权案庭审纪实》（以下称“影文”）一文。同年3月11日的《法制日报》全文转载了该文。该文严重失实，在六个自然段中将该案另一代理人的代理词安在我的名下。该文中“一本片子的时间则不到十分钟”等语句与电影行业的实际情况不符，我在代理词中也从未说过，而被告董服民却写明是我所说，严重损害了我的职业道德和职业能力；而被告《民主与法制》社在刊发该文时，有意将另案中我形象不好的照片加以配发，严重损害了我的形象。综上，我要求被告停止侵害，在《民主与法制》画报及《法制日报》上登报致歉；赔偿我经济损失800元；《民主与法制》社及董服民分别给付我精神损失费20 000元和5 000元。

被告《民主与法制》社辩称，“影文”客观地记叙了古榕、徐松子名誉权案的庭审情况，文中虽将另一代理人的代理词误写为原告的，但未侵害原告的名誉权。配发的照片系上海市徐汇区人民法院所提供，是原告的客观形象，我们未构成侵权，不同意原告的诉讼请求。

被告董服民辩称，“影文”首刊于1995年第三期浙江《民主与法制》，当时文中并无“赵某某”字样。在《民主与法制》画报和《法制日报》上增加了原告的名字，事先我并不知情。我写该文是根据庭审材料，无侵权故意。配发照片系报社所为，与我无关，故不同意原告的诉讼请求。

经审理查明，1995年3月1日的《民主与法制》画报刊登了署名为董服民的“影文”一文，同年3月11日的《法制日报》进行了全

文转载。该文报道了上海市徐汇区人民法院开庭审理原告古榕、徐松子诉被告"三凡"侵害名誉权一案的庭审情况。本案原告赵某某系该案被告"三凡"的代理人。该文在"本案争论焦点之二"部分第十一自然段中写到"对于废片问题,被告代理人赵某某列举了电影《红尘》中的一组数字。通常,一部电影的放映时间为九十到一百二十分钟,而一本片子的时间则不到十分钟,……"事实是,庭审中上述代理意见并非赵某某所说。"影文"刊出后,被告董服民从《民主与法制》社领取了稿酬。被告《民主与法制》社在刊登该文时配发上海市徐汇区人民法院提供的三张庭审照片,《法制日报》在转载上述文章时未配发该照片。原告在庭审中明确表示不要求《法制日报》社承担责任。

本院认为,"影文"是对古榕、徐松子名誉权案庭审情况的纪实报道,文中将另一代理人在庭审中发表的代理意见误写成原告所说,属于工作疏忽造成失误。该文中未有侮辱、诽谤及贬损原告的言辞。原告未能提供被告系属主观故意的有关证据,亦未能提供由此造成其职业能力和职业道德等社会评价被贬低的相应证据。关于《民主与法制》画报配发的照片,是上海市徐汇区人民法院所提供,确系庭审中所拍摄,被告《民主与法制》社不存在过错。原告称其形象因该照片而被损害的说法不能成立。故二被告的行为未构成对原告名誉权的侵害。现原告要求二被告停止侵害、登报致歉、赔偿损失,本院不予支持。综上所述,依法判决如下:

驳回原告赵某某的诉讼请求。

案件受理费1 010元,由原告赵某某负担(已交纳)。

如不服本判决,可于判决书送达之日起十五日内,向本院递交上诉状,并按对方当事人的人数提出副本,上诉于北京市第一中级人民法院。

1995年12月13日

李某某母子、某市二轻局诉戴煌、《南方周末》等“名誉侵权案”

案 情 简 介

1997年初冬，某市帐篷厂民选厂长刘敏霞任职的第十天，家被砸；不久，复遭暴徒五人夜袭，“血溅白墙”，因伤住院。1998年1月4日，该厂老工人郭荫范老伴被杀家中，未劫财物。2月26日，该厂职工李中欣被五名暴徒路砍十刀，未劫财物，幸免于死。三案连发，三十个月未破。该厂法律顾问连续发出六次呼吁，要求彻查，恳请媒体关注。

戴煌采访经月，写出《工人投票罢免渎职厂长，某市连发三起血案》，《南方周末》1998年3月27日全文刊发，全国多家报刊转载。文章内容请参阅后附的《媒界在审判席前的抗辩》。

当年5月和7月，帐篷厂原厂长李某某母子和该厂上级主管二轻局，在市领导的授意下，分别以戴文“名誉侵权”，提起诉讼。延至2000年1月开庭审理。3月，第二次重复审理，全部诉讼程序运行完毕，审判长宣告“定期宣判”。不料等了三个月之后，复于6月20日、21日进行了一场“第三次开庭”。被告方认为此庭目的只是要证实原告方前此提出的一份公文性书证“合法有效”，帮原告方杀了个“回马枪”。

前两次开庭，原、被告双方争辩激烈，针锋相对。第三场开庭，

戴煌及其代理人均不出席;《南方周末》的代理人则当庭郑重宣告:程序违法,诉讼活动应归无效。

注:本案隐去原告及地名(编者)。

代 理 词

李某某等诉《南方周末》名誉侵权案代理词

合议庭：

受《南方周末》报社和北京市吴栾赵阎律师事务所的委派，我们作为本案第二被告《南方周末》的诉讼代理人，依法参加本案诉讼活动，根据本案事实和有关法律、司法解释，结合今天法庭调查，发表以下代理意见：

方才第一被告戴煌的代理律师对原告起诉状中涉及的问题所作的批驳与论证，我们完全同意。有关的完全一致的见解，我们支持，尽量不作重复。

我们主要陈明以下几点：

第一、应当弄清名誉侵权与舆论监督的关系，并确定二者的内涵。

法律保护公民的名誉权，同时，法律也保护正当的舆论监督权。舆论监督是指新闻媒介对社会问题和现象所作的报道或者评论，是公民和法人行使国家宪法赋予的批评权利的主要手段和重要方式，客观真实的舆论监督不发生名誉侵权问题。

诚然，由于新闻机构受各方面的限制和制约，新闻工作者无法做到新闻报道毫厘不差地与事实绝对相符，个别枝节问题的失实有时难免，要求报道的每一个细节都符合事实也是不切合实际的。这里应当明确，只要不是故意地采取侮辱或者诽谤或者披露他人的隐私这些行为，就不可以因枝节的失实而断为侵犯名誉权。也就是说，只要基本事实客观真实，即使细节有出人，也不影响整个

报道的真实性，不能借此苛责新闻报道侵权。我国相应的司法解释和司法实践，将新闻报道、尤其是新闻批评报道细枝末节的非原则失实界定为不构成侵权，决非偶然，是正确的。

最高人民法院《关于审理名誉权案件若干问题的解答》第七条特别强调“严重失实”，其第八条规定：“文章反映的问题基本真实，没有侮辱他人人格内容的，不应认定为侵害他人名誉权”。由此可见，新闻报道和撰写、发表批评文章引起的名誉权纠纷，“严重失实”、“基本真实”是鉴别侵权与否的重要标尺，是考察与处理名誉权诉讼时所必须明辨的关键。贯彻最高人民法院的这条规定，有助于加强舆论对于腐败现象的监督，本届全国人大把这个问题再次作为一项重要内容着重提出，反映了客观上的需求，也不是偶然的。

本案争议的焦点在于：《南方周末》刊载的批评李某某的戴文的内容有无严重失实的情节。

原告在诉状中坚持认为：由于《南方周末》刊登的《工人投票罢免渎职厂长，某市连发三起血案》（简称戴文）“报道严重失实，给原告在社会上造成了很坏的影响，严重地侵害了原告的名誉权”。可是，该厂职工提供的情况，我们通过调查取得的第一手资料，包括经法庭质证的书面证据，无不证明原告人起诉状中提出的主要问题严重失实，她的侵权之诉缺乏根据。

第二、戴文反映的基本事实是客观的、真实的，是有据可查的。

一、原告李某某在起诉书中竭力表白她是好的干部，无私为公，受到上级的好评，并试图以此论证戴文诸多方面的“严重失实”。对此，本案第一被告的代理人已详予辩驳，论证了人们对李某某的社会评价，我们同意。李某某个人品行如何？在职工中口碑如何？是不是一位称职干部？在帐篷厂广大职工心目中，是与非一清二楚。戴文的目的在于舆论监督，不是评功摆好，也不是替人作工作总结。尽管如此，我们仍有必要依据大量证据所反映的客观事

实，补充说明李某某在帐篷厂究竟是她自称的无私为公、严守财务制度的称职干部，还是“以权谋私，大肆挥霍企业财产”，因损害职工利益而被职工大会罢免的渎职厂长？进而说明李某某如何以不实的诉状指责反映客观事实的批评报道侵犯了她的名誉权。

1. 关于报销医药费。原告李某某辩解说“并不是她在任时报销的”，可见她对“报销”并不否认；然而，问题是：1993 年 2 月帐篷厂第七届职工代表大会通过的《职工医疗费用改革的方案》第二条第一款规定：“职工每人每月医疗费标准为 4.50 元，退休职工为 3.50 元，在工资中支付，实行医疗费包干，超支不补，节约归己，平时不再报销其他任何医疗费用。”在全厂职工按照规定不能报销医药费的情况下，李某某是如何执行规定的呢？证据证明：李某某自 1995 年至 1997 年以报销医药费为名领取了 2 660 多元。戴文针对这种特殊现象揭示的问题又有哪一点失实？

证据还证实：李报销的医药费单据，不仅大部分出自药店，有的还是同一药店的连号单据，而开票日期却相差二十天，且前后颠倒，可是却能照报不误。更有甚者，单据中居然包括百货公司的“洗发水”！难道这仅止是一个“报销”问题？有人对这些单据取不屑一顾的态度，是令人费解的。

至于是否美容眼睛或者什么部位，都不影响美容手术费用作为医药费报销这一反常情况的事实。这里应当凭证据说话，无证可据的言词不应得到支持。还应说明，文章讲她“老来俏”也非贬义，《辞海》释“俏”义为：容态轻盈美好，与《新华字典》释义为“样子好看”相互一致，这怎么能涉及人的“名誉”呢？

2. 关于招待费问题。戴文说原告李某某在厂内滥支招待费并用“白条”报销。李在诉状中对此辩解说“有关部门已经多次审查没有问题，其中，报销的票据中没有一张是白条，没有违反财经制度”，意图说明戴文失实；但客观事实是，她签字报销的票据中不仅有大量“白条”，而且有三十多张发票没有经办人，没有说明用

途,根本违反企业财务制度。

更为严重的是,李担任厂长期间,全厂下岗职工已增至二百余人,分文不发,真正在岗的不过四十人,生产状况相当艰难,可就在这四个多月中,李某某报销的招待费用却扶摇直上。请看以下数字:1997 年 6 月 527 元,7 月 1 699 元,8 月 5 772 元,9 月和 10 月份,也就是因"动迁"争议、厂房被扒,全厂职工四处上访,企业处于瘫痪状态的时期,招待费竟然分别高达 13 030 元、13 078.60 元。戴文仅仅写了一句"厂里近期没接待过任何客人",却报了这么多的招待费,这有哪一点失实? 怎么就构成了侵犯名誉权呢?

至于原告人报销儿子入厂前的"培训费"以及代前任厂长交付 2 万元的保释金至今不予偿还等等问题,建议法庭向有关方面提出司法建议,予以纠正。

3. 所谓动迁涉及的问题。案卷材料证明:李某某宣布的将厂地卖给兵工开发公司进行房地产开发的"动迁方案",严重损害了职工利益,遭到职工的强烈反对,职工大会按合法程序罢免了她的厂长职务;又由于李某某不顾职工的合理意见,在双方未达成协议的情况下,擅自口头专断地同意兵工开发公司拆扒厂房,职工为此集体上访,不久又诉诸法律,终经省高级法院认定:1997 年 9 月末,兵工房地产开发公司在没有取得合法手续、房屋拆迁许可证及没与帐篷厂达成动迁安置协议的情况下,对帐篷厂 1 189.93 平方米房屋拆扒,帐篷厂职工维权正确,依法获得经济补偿。该案已于 1999 年 6 月 14 日结案,从而证明戴文的报道客观真实。原告李某某辩称"不是她的个人行为"、她"尊重职工的权利"以及"工作责任心强"等等,她自己提供的那份所谓《调查报告》及其附件,充分详实地反映出这些都是谎言,毫无价值。

4. 关于李×涛进入帐篷厂工作问题。百余职工纷纷下岗,几辆汽车被一辆辆地卖掉,李某某的儿子李×涛却能入厂上岗,拿着帐篷厂的工资,到上级机关开车,为上司服务。原告对此也无能否

认，戴文予以披露，发扬正气，有什么不对？李某某狡辩说，让李×涛在二轻局开车是“避嫌”。这可就怪了。当初，李×涛进厂，李某某身为主管劳资的副厂长一手操办，甚至还代李×涛在《招(聘)用职工登记表》上签署意见，签名画押，那时为什么不“避嫌”？这里暂且不论她们母子在履历表上的作伪问题！

5. 李某某以李×涛的名义从工厂支取18万元问题。首先要说明的是，戴文反映的事实有票据为证，无法否认。问题在于：身为厂长，以工厂的名义向自己身为本厂职工的儿子借款，不与其他厂领导商量，没有合同，而且竟超出三分的高利贷利息，难道这中间没有问题？至于后来又向兵工公司借款18万元，照付高息，并无任何书面协议，这究竟是什么问题？难道不应审查？说是“个人从中捞一把”，难道就侵犯了谋私者的“名誉”？

总括以上五点，戴文指出：帐篷厂作为一家连续四年利润超过百万元的集体企业，“从1988年开始，像走马灯似的换了六任厂长，企业一蹶不振”，李某某是最后一位，职工纷纷指责她“以权谋私，大肆挥霍企业财产”，终因擅自同意出卖工厂利益而被厂职工大会罢免，这些基本事实难道还有争议？这样的厂长，受到舆论批评，就硬说是名誉受损，这是哪家的道理？是什么逻辑？

二、帐篷厂作为一家自1988年以来连年亏损的集体企业，还要向二轻局缴纳管理费，戴文涉及两笔，即1997年5月上交的90 000元，1997年10月又上交的35 000元，原告李某某说这是返还联社的欠款。通过法庭调查，我们清楚地看到以下事实：

1. 不论帐篷厂如何亏损，有多少职工下岗，只要有经营，二轻局就要收管理费。

2. 为了收到管理费，二轻局不惜采用高额奖金奖励有关领导和财会人员的办法。

3. 联社没有给帐篷厂投资，帐篷厂也从不欠联社资金。

李某某说“35 000元不是向局里上交的管理费，而是偿还对联

社的欠款。即使向局里上交了管理费,也是合理合法的"。对此我们不禁要问:帐篷厂不欠联社的款,作为厂长,还的是什么钱?企业连年亏损、上百职工下岗分文没有,却还要向行政机关上交管理费,这合的是什么理、什么法?既然合理合法,为什么后来又把收取管理费的票据改换为偿还借款的单据?戴文通过媒体予以披露,反映职工的强烈不满,希望引起重视,能够纠正,这侵了谁的权?

三、总之,戴文涉及的内容无一处出于编造和杜撰,从根本上说,不发生侵权问题。戴文发表后,我们又通过调查,获知更多的情况,当时寄希望于当事者能够有所觉悟,纠正错误,所以没有作连续的追踪报道,这证明我们的善意,表明我们作为一家有责任感的媒体决无意侵犯任何公民的名誉权。此情请法庭明鉴。

四、关于三起血案问题。

职工大会依法罢免李的厂长职务、改选新厂长之后的两个多月内,齐市连续发生三起血案,三起血案都与该厂厂长候选人或者职工代表有关,这是铁的事实。当时,这三起血案迟迟未破,职工人心惶惶,该厂的法律顾问向社会发出紧急呼吁,这也是不容抹杀的事实。戴文客观地报道这三起血案和该厂法律顾问的呼吁,何处"严重失实"?又侵犯了哪家、何人的"名誉权"?现在居然有人、有的单位作出伪证,对三起血案作出与实际不符的所谓"证明",妨碍司法,恳请严肃对待,予以纠正。

在就事实问题向法庭陈明真相的最后,我们代表《南方周末》坦诚承认,报社发表的戴文中有一处明显的技术性的文字失误,即将"李×拔"误为"李×涛",报社已在今年1月28日《人与法》专栏的报道中说明"原报道(将李×波)误为李×涛,查系笔误,表示歉意"。该市二轻局1998年3月31日就本案涉及问题形成的正式文件中,把李×涛之"×"误写为同音字,也属于这一类。尽管如此,考虑到技术性失误也是一种"误",我们愿当庭再次表示歉意。

综上所述,我们对本案的判断是:戴文围绕帐篷厂罢免并改选

厂长前前后后所发生的一系列事件和职工群众的强烈反应所作的报道，真实、客观；文章呼吁维护社会正义、维护广大职工合法利益，抨击社会不良现象，主导思想正确。其中个别措辞有欠斟酌或有技术性的失误，都属细节，因而根本不构成对原告名誉的侵害。原告提出的侵权之诉不能成立。至于在法庭上提出，她是党员，故会如何行事，企图以此说明戴文的不实；但是，一条公认的行为准则是：作为一名共产党员，不论职务高低，其活动宗旨应当是全心全意为人民服务，廉洁守法，大公无私，自觉接受职工、人民群众的监督，接受舆论的监督。对待来自各方面的批评，即使是过分、过激的批评，也应当遵循党所历来提倡的原则，"有则改之，无则加勉"。对于来自人民的批评和社会舆论的监督，动辄以侵犯个人名誉权为借口，用不实的诉状指责反映客观事实的批评报道侵权，试图以此改变个人本不太好的名声，这种做法，背离了共产党员的行为准则，在法律上也站不住脚。原告李某某不应轻信代理人为她作出的"三七开"的荒谬说词，我们愿意看到原告人纠正自己的错误。《南方周末》也一定会改正工作中的一切失误和缺点。对本案来说，我们相信，合议庭对于错误的诉讼请求不会支持，从而作出公正的裁决。

《南方周末》报社诉讼代理人：
张思之　郭国松
2000年3月9日

李某某等诉戴煌名誉侵权案代理词

合议庭：

我们代表戴煌，就李某某、李×涛诉戴煌名誉侵权一案，发表以下意见：

一、原告在起诉状中指控戴文失实构成侵权的事实不能成立。

1. 关于上交管理费。

李某某说1997年5月份交的90 000元是前任厂长办的，与她无关；但证据表明，虽然李某某做厂长是1997年6月17日正式任命的，但早在1997年2月，前任厂长曹希成被检察院传唤，李某某就以党总支书记和副厂长身份宣布厂里工作由她主持。交管理费是企业行为，李某某作为帐篷厂的主要领导，也应当对交管理费的行为负责，因此，戴煌在报道中对此事的表述不存在失实的问题。

李某某1997年10月又向二轻局交35 000元管理费，也是事实。李某某在起诉状中说35 000元是还联社借款，不是事实。证据表明，管理费收据变为还借款收据是二轻局后来做的手脚，帐篷厂账目中所谓长期借款科目也是后来假做的。

李某某举证说明，交管理费是按规定交的，实际是还联社借款，并且宣称不论是交管理费还是还"借款"都是"合理合法"的，二轻局在他们的起诉状中也认为如此。既然如此，李某某又起诉说，报道中提到这一事实，是侵犯了她的"名誉权"，岂不是自相矛盾？

至于二轻局是用该款买了汽车还是干了别的什么事，与李某某的名誉无关，本不拟涉及；但是，原告提交法庭的证据反映出，管理费中的一部分，用于二轻局发了奖金，而且大部分给了领导！这难道不是比买汽车更恶劣吗？

据此，我们不难看出，为什么原告方和二轻局都认为交管理费"合理合法"，而帐篷厂广大职工则对此义愤填膺。

2. 关于报销招待费，报道中的数字准确，事实俱在。李某某说经审计没有问题，没有违反财经制度。我们没有看到所谓审计结论；但我们向法庭提交了李某某报销的原始单据及帐篷厂财务的统计说明，即使不懂财务，其中的问题也会一目了然。戴煌在文

章中只是披露了10月份李某某在账内报销的13 000元招待费这一数字,尚未包括同期李某某用账外款报销的6 000多元吃喝费,也并未深究在报销单据上表现出的问题。

事实本身和问题的性质决不像李某某自己所标榜的那样没有问题,她提交法庭的证据——半截纪委调查报告就恰恰可以说明问题。该报告说:"李某某任职期间,……其余5 586元公款用于厂内人员吃喝是错误的;用账外资金支付李某某等三人观鹤节期间的厂长奖金1 500元也是错误的,对此李某某应负主要责任。另1 326.60元招待费无法认定其支出去向,李某某应负主要责任。"

请问:在帐篷厂多数职工下岗、一分钱拿不到的情形下,支付这么多所谓招待费,另有这么多说不清去向的支出,是不是挥霍?更何况还有那些纪委调查报告未涉及的问题,比如李某某退交检察院的7 000元的问题。

3. 关于李某某以李×涛名义提款18万元,也是事实。关于此事,应当说,文章仅止于说出了现象,而18万元背后的问题,文章并未揭露。李某某私自以其儿子李×涛的名义一手进出,向帐篷厂放贷,短时间内支取高额利息、多付利息的行为,其性质岂止是"捞一把"?

李某某提交法庭的齐市纪委的半截调查报告中,对18万元的来龙去脉极力掩饰,但我们仍能看出其中的蛛丝马迹:1997年8月李某某就接受了兵工开发公司的15万元,全部以个人名义存入银行,其中的12万元根本没有进帐篷厂的账户,而是直接还了李某某的个人债务,另3万元直到10月16日工人上街要求罢免李某某的情势之下,李某某才将此3万元匆匆转入帐篷厂账户,并于10月26日提出。调查报告又说,10月3日,因为生产需要,李某某又向兵工开发公司借款3万元。这就令我们不得不问:10月3日,李某某明明有3万元借款在手上,为什么又要以生产需要为名

再向兵工开发公司借 3 万元，而在 10 月 16 日，李某某在遭罢免的前夕，才将这 3 万元转入帐篷厂账户，十天之后提走？

戴煌在文章中说他“再捞一把”，何错之有？

4. 关于李某某报销医药费一事，帐篷厂早在 1993 年即规定，每人每月 3.50 元医药费包干，医药费不再报销；但李某某报了。不仅如此，我们向法庭提交了李某某报销医药费的单据，绝大多数是药店、商店发票，而且发票连号、连号发票日期倒错的情况不是个别。

李某某的这些行为，帐篷厂的广大职工早就知道，当然，有一个细节我们应加更正：职工中盛传的李某某报销“割双眼皮”一节，准确地说应为“美容手术”费。对此，必须说明的是，此事的基本事实是：首先，不论李某某现在怎样解释这一“美容手术”，这笔费用是不应当报销的，但是李某某报销了；其次，李某某报销割双眼皮费在职工中早就盛传，在该市纪委的调查材料中职工就有反映，并非源于报道；第三，“美容手术”，与割双眼皮仅止于部位与方式上的稍有出入，性质则雷同，这里也不发生侵犯李某某的名誉权的问题。

李某某说医药费的报销是前任厂长批准的，言外之意即使不应报销，错在批准的前任厂长。这说得通吗？对广大职工来说，不论是谁批准的，仍属“捞一把”的性质。

5. 李某某说李×涛不是调入的，是社会招工的。即便如此，李×涛进帐篷厂是事实，在帐篷厂大量职工下岗之际，除了李×涛，还招过别的人吗？李×涛是社会青年，招入帐篷厂，李某某的父亲在退休后又调入帐篷厂是怎么回事？难道不都是因为李某某在帐篷厂身居要职的作用吗？帐篷厂职工中，有多少人的待业子女招工进了帐篷厂？又有多少人的退休父母调进帐篷厂？李某某说，为了避嫌才让李×涛去二轻局工作，既然如此，李×涛进厂的时候为什么不避嫌？她父亲调入的时候为什么不避嫌？李×涛十

二天之内连晋三级工资为什么不避嫌?

李×涛拿帐篷厂的工资给二轻局开车是事实,不论是否给张局长开车,问题的性质都是一样的。怎么一说给张局长开车就侵犯李×涛的名誉权了呢?

6. 李某某在诉状中说自己不是"绊脚石",自称任厂长四个月内,生产板房49栋,产值78万元。李某某的这种自我夸奖,脱离了报道本身,我们不作具体批驳;但是,我们必须指出,根据帐篷厂的生产纪录,完全不是那么回事。李某某的自我表功不是事实。

7. 关于卖地、卖托儿所及流动资金的问题,报道中无非如实记述了广大职工提出的问题,并没有说是李某某个人所为,李某某自己在向市纪委的谈话中也承认:"(职工)质问我让我把丢失的土地找回来。"李某某多年来作为帐篷厂的主要领导(党总支书记、副厂长、厂长),职工向她提出这样的问题难道不应当吗?难道李某某用"均系前任厂长所为",就可以把责任推卸得干干净净吗?难道工人们提出这样的问题就侵犯了李某某的名誉权吗?

8. 李某某说,在帐篷厂动迁的问题上,动迁方案一是二轻局领导同意的,二是经过职工大会讨论的,而且二轻局领导认为"李工作责任心强,接任厂长后努力工作,未发现有不称职和渎职问题",因此,李"并没有专制"。

关于李某某在帐篷厂动迁中的表现、做法,应当说,戴煌的报道客观准确,广大职工罢免李某某,到二轻局、市政府上访,以实际行动作出了对李某某的评价;所以,李某某的自我评价与广大职工所作的社会评价,差之天壤。一个人的名誉,是一定范围的公众评价,而不是自我评价。

动迁,是引发帐篷厂职工上访、请愿的直接原因,也是戴煌文章的重要内容。问题的爆发在于职工否定了李某某的动迁方案后,在未签动迁协议的情况下,李某某擅自让兵工开发公司拆扒厂房!9月29日,当厂里广大职工不同意动迁协议的内容的情况

下，有人开始拆扒厂房。为此，职工们开始公开警告李某某，并开始向二轻局、向市政府反映问题，开始将他们的处境和呼声发向媒体；然而直到10月中，拆扒厂房的行为仍然在继续。直到帐篷厂职工罢免了李某某，厂房被全拆的危险才得以解除。我们从原告方提交的证据中得知，实际上，二轻局有关领导在这个过程中曾经指示李某某，动迁协议签定之前，不能拆厂房；但是，兵工开发公司说得很清楚：是李某某让他们拆的！为什么在职工大规模上街请愿的情况下，李某某仍然有胆量授意他人拆扒厂房？这是问题的关键。李某某在起诉中说动迁方案是集体研究的，是二轻局领导也同意的，但是，私自授意他人拆扒厂房是谁同意的？身为厂长，这种行为岂止是“专制”？我们从李某某提交法庭的半截《调查报告》中，也可以看出一些问题：李某某口口声声向广大职工宣称不认识兵工开发公司的人，但是，以李×涛名义向帐篷厂集资的18万元，却与兵工开发公司有直接关系！这两者之间难道真的没有关联吗？

9．李某某在诉状中说她没有挥霍厂里的流动资金，并举例说李×涛为工厂联系展棚，创收10万，应获7 000元奖励，李某某未给，以证实自己“无私为公”。

首先，李某某是否挥霍厂里的流动资金，前面已有事实和证据表明；其次，李某某是否无私为公，群众的心里有数，帐篷厂职工罢免李某某的行为已经作了最好的说明；第三，所谓李×涛创收10万元的事，根本不是那么回事！展棚是为观鹤节之用，市经办给帐篷厂的业务，与李×涛有什么关系？而且，从销售报表上反映，这批展棚的销售收入应当是10.56万元，但实际账面反映却只有8万元，相差的2万元到哪里去了？

10．关于威胁民选厂长郭志德事，李×涛在诉状中说，不是他干的。我们在此声明，李×涛是李×波之误。到帐篷厂威胁郭志德的是李某某的另一个儿子李×波。这一误差是材料传输中的技

术性差错。我们特予更正。而李×波带人到帐篷厂威胁郭志德，是事实。对此，市纪委调查材料中，有大量证据证实，不容抹煞。

11. 关于三起血案，报道中对血案及血案发生的时间、地点以及对案发前前后后的情形的描述，都是准确的。这三起血案发生于职工上访、举报、罢免李某某、民主选举厂长期间；血案的受害人分别是厂长候选人以及职工代表、活跃分子或其亲属。所以并不是戴煌在文章中歪曲事实，对血案作不实报道，而是血案本身在向人们诉说！有这样的线索，而三起血案却迟迟不能破案，任凶手逍遥法外，这是任何有良知的人都不应当坐视的。谁是凶手，有无主使，戴文未作结论，发出呼吁，盼望侦破审结，何罪之有？这侵犯了谁的名誉权？

二、原告代理人在诉状之外补充的所谓“侵权事实”，都不能成立。

首先，一篇新闻报道，是由多重事实构成，其中有些事实的出入可能构成侵权，有些事实即使错误也不可能构成侵权，比如原告说报道中对帐篷厂厂房的报道为4幢，而实际上只有1幢，对帐篷厂车辆的报道为6辆，而实际有9辆等等，即属于不可能造成侵权的事实，因为这些都与原告方的名誉无关。

其次，除非是侮辱性言辞，新闻报道中的非事实性文字，不可能构成侵权。比如戴煌的文章中说在民主选举中“李某某仅得了两票，由此可见人心向背”。原告说这句话也侵犯了他们的名誉权，理由是：“这怎么能看出人心向背呢？”这种说法非常荒谬，李某某得两票是事实，记者当然可以说“由此可见人心向背”！难道说对这样一个事实，也要记者说“由此可见李某某大得人心”吗？

还有，原告方还说，被歹徒打砸的刘敏霞家“只有少量的血迹”，所以报道中说“血流如注”侵犯了他们的名誉权。这就更不着边际了。试问：在原告们的概念中，多少重量多少容积的血才够得上“血流如注”？

三、根据法律规定，新闻报道构成名誉侵权，客观上要具备基本内容严重失实并导致他人名誉受到侵害的条件。戴煌的文章并不具备这两个条件：

1. 首先，戴煌的文章基本内容是真实准确的。特别是涉及李某某的事实，是属实的。

2. 对他人的名誉损害，是指一定程度上导致了当事人名誉即社会评价的下降。这种社会评价的下降，应是客观的，决不能凭借当事人的主观感受。

戴煌的文章无论如何都不可能引起李某某、李×涛的社会评价下降，因为戴文的主旨并不是针对李某某的个人品质，文中所披露的李某某的行径，只是很少的一部分。李某某在帐篷厂职工中的"名誉"如何，帐篷厂职工早已用实际行动作出了结论，对李某某的举报早在文章发表之前就有；指出李某某违背、侵害全厂职工的利益，是广大职工公开宣示的；要求罢免李某某更是帐篷厂职工在该市的公开行动。所有这一切，无不是李某某任厂长期间的作为所招致的必然结果。

至于李某某在起诉中说，由于戴煌文章的发表导致公安机关及调查组对她进行了调查。但根据原告提交的半截《调查报告》的记载，早在戴煌文章发表前，检察院就已开始对她的调查；公安机关对李某某的调查，是李某某本人涉嫌刑事犯罪，这是其一；其二，不论是二轻局在戴文发表后的第四天拿出的《关于……的说明》，还是后提出的起诉书，都坚持认为：李某某是"比较称职的""尤其好"的干部。可见，戴煌的文章并未使二轻局的领导降低了对李某某的评价。

这一方面说明，李某某对自己的评价以及二轻局的领导对她的评价，与帐篷厂广大职工对她的评价有巨大差距，另一方面说明，这两方面的社会评价都不是因戴煌文章而形成和改变，因此，李某某说戴煌的文章侵犯了她的名誉权没有事实依据，也不符合

法律规定。

综上，原告方的起诉不能成立，应予驳回。

戴煌的代理人
北京吴栾赵阎律师事务所
傅可心　　律师
高华苓　　律师
2000年3月9日

李某某诉帐篷厂名誉侵权案代理词

审判长：

受帐篷厂之委托，我代理该厂参加被诉名誉侵权案的诉讼，发表如下代理意见：

我完全赞同第一被告代理人、第二被告代理人刚才围绕本案事实发表的法律观点，分析透彻，合法合理，不容置疑，其中大体相同的内容，我不作复述。这里我扼要申明以下几个问题：

第一，原告将帐篷厂列为本案被告，是滥用诉权，原告的诉讼请求根本不能成立。

帐篷厂职工向新闻工作者及新闻媒体反映本厂的现实情况和问题，广大工人向媒体揭露本厂厂长的劣迹乃至违纪问题，都是职工群众的合法权利，不存在对他人侵权的问题。至于戴煌根据广大工人的反映和有关人员的呼吁写成的文章，基本内容客观、真实，如实地反映了那段时期帐篷厂的基本情况。原告举出内容不实的"事实和理由"对戴煌所作的批评报道，提起"侵权"之诉，索取巨额赔偿，相信不会得到法律的支持。

为了证实戴煌文章涉及的基本内容与广大职工的反映相一致，谨就以下几个重点问题作出扼要的说明：

（一）帐篷厂向二轻局上交管理费，是铁的事实，二轻局党委对此也从未否认。局里收到管理费后开出的票据完全可以证明。现在，用改换票据的办法，把管理费改换为偿还"借款"，借以说明戴煌文章失实，这怎么办得到呢？

（二）在"动迁"问题上，原告李某某不顾职工大会的要求和二轻局领导的意见，擅自同意兵工房地产开发公司拆扒帐篷厂厂房，给工厂造成重大经济损失，至今不能挽回。事涉渎职，广大职工为什么不能揭露？媒体为什么不可以报道？事实俱在，铁案如山，我们侵犯了谁的名誉权呢？她作为厂长，给厂子造成那么大的经济损失可以不计，揭发了她，倒应向她赔礼道歉，还得赔偿损失，天下哪有这样的理？

企业负责人在职工群众中威信高低、声誉好坏，不是由个人自夸或上级评价划分。业绩不好，品行不端，就必然会受到职工乃至社会上的批评。受到批评不是深刻反省，积极纠正，却以所谓名誉侵权诉诸法律，甚至在任何理由都不能说出的情况下把自己所在的工厂列为被告，公然要求赔偿，仅此一点，还看不出她与工厂的关系吗？对于她的以权谋私，也就不奇怪了。

（三）关于李某某的大儿子带人到帐篷厂威胁候选厂长郭志德一事。李某某及其代理人在法庭上一再予以否认，称根本不存在"威胁"，所以"文章失实"。我们认为：此事的关键不在于李某某的大儿子是否说了一个"滚"字，而在于事情的性质是否是对郭志德进行了威胁。在这个是与非问题上，我们通过本厂所在地正阳派出所严所长 1998 年 4 月 24 日的证词，就足以辨清究竟是谁的说法不实。严所长证词如下：

1997 年 10 月 30 日下午 2 点市帐篷厂职工郭志德和其他职工代表七人左右来所反映，10 月 29 日该厂召开职代会郭本人当选厂长，原厂长李某某儿子带人到厂里闹事，并扬言威胁厂长要找人打厂长。派出所接报案后，派高树林、傅志坤、刘名三名干警前

往市帐篷厂了解情况。职工反映李某某儿子来厂和郭志德发生争吵后被职工劝走,派出所当即传唤李某某及其儿子,因当时没有在厂,我们向厂长交代,职工选举厂长是大事,不允许任何人捣乱和破坏,请单位通知该人。第二天或是第三天,李某某同儿子来所,派出所当即提出警告和训诫后让其离所。以上情况属实(见原告作为主要证据提交的市纪委调查案卷)。

第二,原告所谈"损害事实"基本上与《南方周末》刊登戴煌的文章无关,原告索赔无据。

(一)在本案两次法庭调查时,两位原告人均哭诉:她(他)们都是老实守法的公民,由于《南方周末》刊登了戴煌的文章,她(他)们才被司法机关传讯,受到办案人员的威胁和羞辱,指责公安人员刑讯逼供,导致她们精神上造成很大压力,在社会上名声扫地,家人也受到刺激,因此要求巨额赔偿。乍一听,似乎顺理成章,然而,通过法庭调查,证据表明:本案二原告确实曾多次被司法机关传讯,但与《南方周末》刊登戴煌的文章无关,而是另有原因。其一是,检察机关根据职工举报,依法对李某某进行传讯,调查她在任期间的经济问题;其二是,1998年12月18日厂长刘敏霞家被砸、人被打伤,公安机关根据报案立案侦查,"决定对重点嫌疑人进行实质性接触,并同时采取技术侦察手段,发现了李某某有作案嫌疑的重要线索","公安机关马上传讯了李某某及其两个儿子"。其三是,在帐篷厂职工大会罢免厂长、选举新厂长的过程中,由于新当选的郭志德受到人身威胁(即李的儿子带多人到帐篷厂威胁郭),职工多人向公安机关报案,当地派出所对李某某母子进行传唤和告诫。由此可见,原告人所说的因受到司法调查导致"名誉"受损,与本案被告人都毫无关连,相关的诉讼请求自应依法驳回。

必须指出:在法庭上,原告人以其亲身经历痛斥公安机关在对其多次的传讯中不仅拳打脚踢,而且强制其坐"铁椅子"、二十四小时戴手铐,甚至威胁要给其戴"头盔"、脚镣,其中一次传讯

时间竟长达三十六小时……，受尽人身折磨和羞辱，使原告痛不欲生。原告的哭诉，感染在场旁听的市二轻局主要领导潸然泪下。尽管此事与本案被告无关，也不是法院民庭审理的范围，但我们帐篷厂作为李某某的所在单位，还是郑重地请求法院高度重视这一在民事案件审理中反映出来的公安机关刑讯逼供问题，依法向有关部门提出司法建议，要求予以追查并依法追究有关责任人的法律责任。请合议庭充分考虑这一请求，帐篷厂也将通过正当、合法的方式和渠道向有关部门反映。

(二) 帐篷厂停发二原告工资问题，与《南方周末》刊登戴煌的文章毫不相干。因为：

1. 原告李某某是在 1997 年 11 月 4 日被职工大会罢免厂长职务的，此后，就不去上班，形同下岗，帐篷厂没有为她安排新的岗位，但不论情况发生什么变化，这完全是帐篷厂内部事务，属于管理上的问题，而且帐篷厂停发二原告工资发生在 1997 年年底，早于《南方周末》刊出戴煌文章，足以证实此事与戴煌文章同样没有关系。

2. 停发二原告工资的原因与本案审理的“名誉侵权”无关。概括地说，停发二原告工资是正确的，原告李某某被罢免厂长职务，此后没有新职，又不去上班，自然与其他下岗职工同等对待，不能再听任其享有特权。原告李×涛长期不在工厂上班，当然应停发工资。二原告对停发工资不服，可以依法申请劳动争议仲裁。原告在本案中故意混淆两种不同的法律关系，是别有用心。对此，我们完全相信合议庭会明察。

第三，市纪委的《调查报告》包括数百页的调查附件竟成为被调查者提起诉讼的诉讼证据，是对国家法制和党的纪检工作的戏弄。

众所周知，人民群众、企事业单位对违法违纪行为和违法嫌疑人向纪检、检察机关进行举报，出于保护举报人、鼓励向违法行为

作斗争，国家各有关部门制定有严格的保密规定和制度；然而，由于齐市纪委的《调查报告》包括数百页的调查案卷不仅送到了被举报人手里，而且成了她的诉讼证据，这对举报人来说已无密可保，连司法机关的办案过程、侦查方向和方式均暴露无遗。本案审理中反映出的这种不正常现象事关重大，建议法庭提出司法建议，彻底纠正，挽回由此而造成的一切损失。我们作为案件的当事人对此将保持高度的警觉，静观事态的发展，并在必要时向有关方面表明我们的原则立场。

需要指出：原告及代理人在第一次庭审中，细数戴煌文章的“不实”时，句句离不开上述《调查报告》，将此《调查报告》作为支持其诉讼请求的主要证据；而在第二次庭审时，不仅只字不提《调查报告》，甚至将它称为“市委个别人的意见”。为何会有如此大的反差，耐人寻味。

综上所述，帐篷厂认为：本案原告的诉讼请求和理由根本不能成立，请依法予以驳回。

帐篷厂诉讼代理人：
阎如玉
2000 年 3 月 9 日

市二轻局诉戴煌名誉侵权案代理词

我们作为被告戴煌的代理人，对本案发表以下意见：

一、市二轻局作为行政机关，不存在名誉权问题。理由如下：

1. 行政机关与公民不是平等的民事主体，公民对行政机关提出批评是宪法赋予的不可剥夺的政治权利，不属于民法调整的范围。

民法调整的是平等主体之间的财产关系和人身关系。根据民

法的这一本质，行政机关作为国家意志的执行机构，只有当它以自己所领得的一定经费、从事交易活动而形成的民事法律关系中，才具有民事主体的地位。本案中的原告二轻局作为行政机关，是以国家拨给的行政经费作为它行使行政职权的费用，而只有当它以此经费作为支付手段，从事与机关活动所必需的商品交换的时候，它才处在民事法律关系当中，享有民事权利，承担民事义务，与交易的对方处于平等地位。因此，行政机关的民事能力是法定的，也是有限的，它不能从事法律规定之外的任何经营性活动。它也不享有专属于自然人和法人的民事能力。

原告的代理律师在发言中，引用民法通则第一百零一条、一百二十条作为二轻局提起名誉权诉讼的法律依据，是割裂了民法原则与民法具体规定之间的有机联系，是对法律的错误理解。

行政机关在行使行政权力、从事与它的行政职能相关的社会管理活动中，与公民的地位是不平等的。行政机关在行使它的行政职能时与相对应的公民、法人是管理与被管理的关系，对于行政机关的行政行为，相关的公民、法人必须接受，没有选择的余地，因此，行政权力必须受到法律的限制。一方面，中华人民共和国行政机关的权力来自人民，它必须处于人民的监督之下，服务于人民。另一方面，由于行政机关握有权力，没有人能够阻止它行使权力，因此，法律规定人民批评、监督行政机关的权利受到基本法的保护。我国宪法明确规定：中华人民共和国的公民对于任何国家机关和国家工作人员，有提出批评和建议的权利。舆论监督就是行使这项宪法权利的重要方式。

由此可知，公民对行政机关行使职权行为的批评是公民依宪法行使其政治权利，它不是平等主体之间的民事法律关系，不属于民法调整的范围。因此，对国家行政机关的批评，不论批评的内容是否准确，即使批得不对、过火甚至有错误，行政机关都不能依民法提起名誉权诉讼。

2. 行政机关没有要求名誉侵权赔偿的法律基础。

名誉权是民事主体享有的一项人身权，不是与生俱来的，而是法律赋予的。根据民法通则的规定，公民和法人享有名誉权，公民的名誉和法人的名誉内容完全不同；公民的名誉包括公民品质、能力、信誉及社会地位等各方面的社会评价。企业法人社团法人的名誉主要是它的商业信誉、资产经营、工作成果等方面的社会评价。企业法人是为从事营利性活动而成立，社团法人是为了实现一定宗旨而成立。如果没有名誉权的保护，企业法人无法实现经济利益，社团法人无法实现其社会活动目标。这正是民法保护企业法人、社团法人名誉权的民法性质。

民事权益的存在，是民法保护的前提。行政机关以国家政权为基础，以行使行政权力为目的，它既不能从事任何经营性活动，没有经济利益要实现，也没有其他的社会活动宗旨。行政机关是国家政权的执行机构，在其行使行政权力的活动中，如前所说，它与社会其他成员的地位是不平等的。行政机关的政策、措施、能力，不同社会层面有不同评价，甚至每一个人的评价都会不同；而社会对行政机关的任何形式的社会评价，都不能够导致其财产损失，也不妨碍它继续行使权力。因此，对政府行政机关提起名誉权诉讼是没有民法基础的。

侵权责任的成立，需要同时具备四个条件，即：侵权行为、主观过错、损害后果以及侵权行为与损害后果之间的因果关系。民事赔偿，必须以民事权益损害结果的存在为前提。对公民个人来说，名誉侵权应当有精神损害或财产损失的事实存在，对法人来说，应当是商业信誉的损害导致的财产损失的存在。没有民事权益的损害结果，就没有民事责任的承担。这是民事责任的基本原理。任何一个行政机关，即使有假设的"好"名誉，也不可能获得一致"好"的社会评价。对任何行政机关的施政行为，其社会评价都会是毁誉不一的，这是客观规律也是社会现实；而不论这种评价是"毁"是

“誉”,都不引起行政机关民事权益的增加或损失。因此,行政机关要求所谓名誉侵权的民事赔偿,根本不能成立。行政机关提起名誉权侵权诉讼,只有一个可能的目的,即意图借以限制或剥夺公民批评政府机关的政治权利。二轻局在起诉状中一面挥舞着什么“助长无政府主义思潮的泛滥”、“煽动蛊惑人心”、“使领导威信下降、指挥不灵”等等上纲上线的大帽子,一面索要100万元的“赔偿”,即是明证。这100万元如能到手是作为国家的收入上缴国库呢,还是作为二轻局创收留用呢,还是由起诉书中所说的那几位官员均分呢?特别值得注意的是,原告至今不能举出任何证据证明二轻局有任何财产损失。这说明二轻局的诉讼请求十分荒唐,理应驳回。

二、尽管我们认为原告的起诉从根本上不能成立,基于对法庭的尊重,还是愿意就诉状所涉及的问题,说明真相。共五个问题:

戴煌于1998年3月27日发表于《南方周末》的文章,主要内容是关于该市帐篷厂动迁、罢免厂长以及随后发生的三起血案前前后后的相关情况,所述的事实基本准确,文中也如实披露了二轻局有关领导的观点。这篇文章的主旨并不是评价二轻局领导们的政绩、官声,只是客观地叙述了二轻局领导在处理帐篷厂相关事务中的一些举措与实际表现,并没有失实的描述。我们按照起诉书的内容,讲五个问题:

1. 二轻局认为,戴煌的文章中说,由二轻局任命的帐篷厂的六任厂长大多挥霍帐篷厂职工的血汗,是“想说明二轻局任人不能以德取人,用了不少贪官,领导不力”,因此是戴煌侵犯其名誉权的事实。为了要表明二轻局领导是“任人唯贤,领导有力”,诉状特别申明“六位厂长大都是品行良好的干部,……尤其是李某某……”。借以说明戴文严重失实,侵犯了他们的所谓名誉权。

我们姑且不论这六位厂长领导失败的客观事实,也不说李某

某任厂长期间的种种恶劣行径帐篷厂职工有目共睹，这些，我们有证据在手。我们只是要问：李某某等人的品质是否良好，与二轻局的名誉有什么关系？林彪曾经做过中共中央的副主席，但是叛国了，陈希同曾任中共中央政治局委员及北京市委书记，但是腐败了。按照二轻局起诉的逻辑，岂不是应该将他们统统包庇起来以维护党中央及北京市委的好名声，不然就会因为他们的被揭露而使得党中央及北京市委声名受损？这分明是极其荒谬的逻辑，根本不能成立。我们请问，难道二轻局任命的干部批评不得？指出她的错误，怎么就会涉及二轻局的名誉？难道她与二轻局是一体的吗？

2. 二轻局为了说明李某某品行良好，证明报道失实，在起诉状中自相矛盾地一会说她的儿子李×涛在外厂工资较高，不是一分工资开不出，一会又说李×涛是正常招工录用，不是调入帐篷厂。还特别强调二轻局临时借用李×涛开车是因为给其母亲厂长李某某开车“不便”，看来够得上正直廉洁！可是，为什么调李×涛入厂的时候没有想到“不便”从而应当避嫌呢？李×涛在帐篷厂拿工资而为二轻局开车是事实，至于是为某局长开车还是为二轻局的其他人开车，并不影响事情的性质，因而并不构成侵权。

对于李某某本人，二轻局在诉状中除了说她品行良好、工作称职，还特别强调，对李某某的任命是经过严格考核的，干部职工没有意见，不存在独断专行胡作非为的问题。以此说明二轻局领导有方，用人得当。但李某某是不是胡作非为，是不是独断专行，广大职工坚决罢免、另选新人便能说明问题。因为这与二轻局的“名誉”无关，在这个法庭上也暂不论证。这里只指出一点，既然二轻局的领导，将李某某是否称职当作自己的名誉是否良好的前提来看待，还能指望这些二轻局的领导会按实际情况说李某某一个“不”字吗？

3. 关于管理费的问题，二轻局并不否认帐篷厂交出90 000元

及35 000元管理费的事实,二轻局在诉状中出面为李某某开脱,说,90 000元是李某某的前任厂长交的,35 000元是二轻局索要的,不是李某某主动交的。又说,“不论是交管理费还是还联社借款,都是合法的,是无可非议的”。我们姑且不问,合的哪一个法,合的哪家的理,问题在于,既然如此,为什么二轻局在职工提出疑问后,要求帐篷厂假造财务科目,撤换发票,将管理费改为归还并未发生过的借款?为什么要弄虚作假?这是什么性质的问题?

既然二轻局认为交管理费“合法”,那么,戴煌在文章中不过是作了如实叙述,怎么会侵犯二轻局的“名誉权”呢?

4. 对于围绕着动迁所发生的帐篷厂厂房被拆以及广大职工抗议、上访,罢免李某某及其后发生的一系列与帐篷厂职工相关的血案,二轻局在诉状中,仍然不顾事实和法律,说动迁是依法进行的,不存在违法的地方。对此,有关帐篷厂诉兵工开发公司的案件已经审理终结。动迁问题的是是非非已有结论,二轻局的说法既不合实际,又违反了相关规定,这已有案可稽,不攻自破了。

二轻局对戴煌文章中认为二轻局领导对血案“不太着急”,很不满,反驳说“二轻局不是公安机关,无侦查惩办的权力和义务”,讲得多么轻巧,多么无辜。可是,二轻局作为帐篷厂的上级机关,对于下属企业发生的重大血案,能够用我无权管,也管不着这一类的说法来推诿责任吗?这不正好证明戴文对此所作的揭露真实可信吗?

戴文中对三起血案的发生时间、地点及被害人的报道准确无误,文中只是讲述了客观发生的事实,对于三起血案谁是凶手,有无主使,未作判断。同时,对二轻局有关领导的观点也作了如实交代,并无隐瞒,这怎么会侵了二轻局的“名誉权”?

按照二轻局代理人的说法,三起血案中除了一起没有侦破,其余两起正在审理中,与帐篷厂罢免厂长没有关系。

但是,证据表明,三起血案,只有一起经侦查终结提起诉讼,但

经法庭审理后不能定案，该市检察院因该案事实和证据有问题已不得不于 1999 年 11 月 23 日撤回了起诉。那么，二轻局及其代理人凭什么一口咬定三起血案与某人或某事无关呢？

三、二轻局在起诉状中所列出的"损害事实"更不着边际。

第一条损害事实是二轻局的五位领导及其家庭的名誉受到了损失。请问：是哪五个领导？五个领导个人的名誉受到了损害，他们自可以诉上法庭，与二轻局这个行政机关的名誉及其名誉是否受损有什么关系？怎么可以打着国家机关的名义，为领导个人主张权利？或者，二轻局的五个领导认为他们等于二轻局这个政府机关，如果真的拿到 100 万元"赔偿"费，是不是该由五个领导均分？

第二条说戴煌的文章助长了无政府主义思潮的泛滥。这是一顶政治帽子，空空洞洞，不着边际，不值一驳。

第三条说文章发表后，二轻局的领导威信下降了，指挥不灵了，全局工作受到很大影响。尽管这也是一堆空话，我们还是想问问：是哪位领导威信下降了？哪位领导指挥不灵了？在什么问题上还是所有问题上指挥不灵了？而按照现行的制度和规则，对于这样的干部，对于没有威信又指挥不灵的领导，应当让他下岗，连分流都不行，而不是给予什么赔偿。

第四条说二轻局和市委市政府也受了很多不白之冤。这纯粹是拉大旗作虎皮的伎俩。请举证说明，市里因为戴煌的文章受了哪些不白之冤？谁授权二轻局负责人通过诉讼手段替他们打抱不平？

第五条说文章发表后市委市政府成立了三个专案组，进行调查，给各级领导的工作带来很大影响，耗费了大量精力、物力和财力。原来如此，有人被查了，于是恼羞成怒了，于是不惜用行政机关的名义起诉，争不来名誉，也要争得巨额赔偿，也称得上机关算尽了。可是，我们必须对原告说明，你们说的三个专案组所花财

力、物力，尽管不一定合理，但那是纳税人的钱，不是二轻局的，二轻局以此为由向戴煌要100万元，说得通吗？

第六条最吓人，据说，戴煌的文章一发，人们对该市的社会治安和投资环境就丧失了信心，影响了二轻局和该市经济的发展。我们记得，二轻局对戴煌文章说他们把责任推给市建委很不满，信誓旦旦地说他们没有推卸责任。但是二轻局诉状中的这一条说法分明告诉人们，二轻局领导推卸责任，已到了匪夷所思的程度，他们不仅推卸自己的责任，还替市里把三起血案本身所反映的社会治安问题、投资环境不佳引发经济发展不利的责任一股脑推卸给了戴煌的文章。总而言之，如此不着边际，谁能相信呢？

四、对于今天以及昨天李某某母子就同一篇文章诉戴煌名誉权一案中，原告二轻局及李某某以市纪检委的半截《调查报告》为起诉的主要证据，我们表示震惊。今天，原告代理人在法庭上又说，那是市委市府的《调查报告》。先不论他们打的是什么旗号，纪检委的《调查报告》和市纪检委第一检查室盖章的调查材料怎么跑到被举报人手中去了？

看了半截的《调查报告》，我们更感到不解：市纪检委当帐篷厂职工不断举报李某某的问题时，当职工上街游行、要求罢免李某某时，他们不查职工反映的李某某的问题，戴煌的文章发表后，他们开始查了，但，查的是什么呢？并不是李某某的问题，一是查戴煌文章的瑕疵，比如帐篷厂只有1幢厂房而不是4幢、二轻局并没有用90 000元管理费买桑塔纳轿车、李×涛是开黄副局长工作用车而不是给张局长开车等等，以说明戴煌文章夸大事实。二是为李某某开脱责任。比如：调李×涛人帐篷厂是二轻局同意的；李某某的父亲退休后调入帐篷厂也是二轻局同意的；李某某报销药费不符合制度，但那是前任厂长曹希成批准的；兵工开发公司给李某某的18万成了李某某为了生产之需借的，“只不过账面上体现为李×涛借给帐篷厂”，等等。

就是这样一份纪检委的《调查报告》,帐篷厂广大职工看不到,记者看不到,媒体看不到,李某某和二轻局却能拿在手里作诉讼证据!这件事情的性质非常严重,非常恶劣。

我们深切地感到,记者、媒体的权利与我们的一些党政机关的行政权力相比是多么弱小!尽管媒体的权利来自人民。

总之,对二轻局起诉的事实及理由,略作辨析,便能明察其谬误,希望法庭能够作出公正的裁决。对于原告二轻局,我们诚挚地期望二轻局的领导能够通过这次诉讼认真学学宪法,学点民法,真正体会为人民服务的精神,正确对待舆论监督。至于戴煌报道在行文上个别技术上的失误、误差,因与二轻局无关,故不论及。

戴煌的诉讼代理人
北京吴栾赵阎律师事务所
傅可心　律师
高华苓　律师
2000年1月13日

市二轻局诉《南方周末》名誉侵权案代理词

合议庭:

受北京市吴栾赵阎律师事务所的指派,我们受托作为本案第二被告《南方周末》的诉讼代理人,参加本案诉讼活动,现就本案涉及的问题发表以下意见:

刚才第一被告的代理律师就本案原告市二轻局作为国家行政机关,是否有权主张所谓"名誉侵权"问题提出的见解,因其不仅合于法理,而且完全符合我国宪法和民事法律的相关规定,我们完全赞同。谨郑重声明:她们的那些观点,代表了、传达了我们的意见。对此声明,恳请记录在案,以备查考。

为了更加充分地反映我们的观点，略作两点补充：

第一，我国民法对于应否承担民事责任，主要实行“过错原则”；而人民政府对于来自社会各方面的批评、建议、包括舆论监督，即使不尽客观、或有过分，历来遵循“有则改之，无则加勉”的方针，而不允许以侵犯名誉权为由，将批评者和新闻媒介诉诸法庭，因为，这种观点与做法不仅有悖于党中央的“三讲”精神和中央的一贯政策，会堵塞言路，导致人民政府脱离人民，其后果不堪设想。

第二，我们注意到起诉状的一个重要提法，即戴文发表后，给该二轻局的五位领导增加了不少精神压力，损害了他们的名誉。这无疑说明：无论戴文是否或有多少失实，都不发生侵犯二轻局这个行政机关的名誉权问题。至于五位领导认为损害他们的名誉，依照民法通则的规定，他们理所当然地有权另行起诉，请求裁决。至于本案诉求的无法无理，应予驳回，也就不必多论了。

下面，我们就《南方周末》刊载的戴煌文章的内容是否严重失实，从而构成侵权，说明情况，提出见解。这是本案的另一个关键问题，或者说，事实真相问题，故不得不逐一陈明。

戴文作为报道，所反映的问题是客观的，主要内容是如实的，在法庭调查中，被告方提供的证据，足以证实这一点。

起诉书列举戴文有八点“失实”。我们按照原告的行文略作归纳，依据法庭调查中核实的证据，分别予以剖析或批驳，以明真相。

1. 当帐篷厂已有大批职工下岗，工厂生产、职工生活处于十分艰难之时，该厂厂领导之子却能进厂上岗，拿着帐篷厂的工资，到原告处上班开车，为原告服务，已是不争的事实，但这样做正常吗？对帐篷厂下岗职工公平吗？原告说：“李×涛在外厂工资较高，并不是一分工资开不出”，这是连李×涛的母亲李某某在她的诉状中都不敢说的理由，他们的领导居然编出来了。那我们要问：为什么偏要去一个工资较低的厂子，进厂之后再连连晋级提薪？这是为什么呢？原告又说：这是“正常招工录用，不是调人”。姑且

不论这些说法与李某某的陈述互相矛盾，录用也好，调入也罢，从外面进到了帐篷厂总归是铁的事实吧，进厂之后拿着厂里的工资却去二轻局上班，不论是给张局长或哪个副局长开小轿车，难道还能抹杀给局里工作的事实？这些事，要害在于帐篷厂有人以权谋私，原本不涉及原告的名誉，可是，原告这样不顾事实一讲歪理，倒真的无助于提高二轻局作为政府机关在人民群众中的本应享有的声誉了。扼要地说，戴文对这一客观事实的反映，意在揭示一个以权谋私的现象，予以批评，与原告的"名誉权"根本没有关系。

2. 关于拆扒帐篷厂厂房变卖场地而引发职工上访事件。有据可查的是，兵工房地产开发公司一方违反有关动迁的地方法规和行政规定，在没有取得合法手续、房屋拆迁许可证以及没与帐篷厂达成动迁安置协议的情况下，对帐篷厂 1 189.93 平方米房屋拆扒，构成侵权，帐篷厂职工维权举措正确，案经省高级法院审理，帐篷厂依法获得经济赔偿。职工在依法维权过程中，曾集体到原告处上访，并罢免了专权的厂长。戴文对于事件发生、发展过程中的一系列情况如实地作了报道，说明某些官员压制民意、压制民主的不负责任态度。有的官员认为"拆迁是政府行为，我们局阻止不了"！说"原动迁方案是经过研究的，是可行的"。文章还揭示原告对职工代表的意见"不置可否"，或是"虚晃一枪"。这些意见并不尖锐，仅止于反映客观真实。二轻局负责官员推诿责任让职工去找市建委出具的介绍信，难道不能说明真相？现在原告还坚持认为"动迁是依法进行的，不存在违法的地方"，与省高院的意见完全对立，从而充分证明戴文的真实性，无可指责，难道还有疑义？

3. 原告向连年亏损的集体企业——帐篷厂收取管理费，并且断言这种行为合理合法；可是又在诉状中说："李上交的不是管理费，而是厂里欠联社的资金。"那么我们要问：帐篷厂何时欠了联社多少资金？问题的要害在于：既然原告认为收取管理费合理合法，那又为什么把原先入账的管理费收据换成"借款"收据？这种改换

是不是弄虚作假？为什么要弄虚作假？从法律的角度衡量，这是什么性质的问题？戴文的主旨在于报道一个同职工两条心的厂长怎样地虚掷了他们的血汗钱，原告人如此一辩，对事实加以掩盖，就使人看出他们与那位厂长竟确是十分一致了。戴文对上交管理费这一事实的客观报道，根本上说，又有什么不对呢？

4. 帐篷厂作为一家起初连续四年利润超过百万的集体企业，“从 1988 年开始，像走马灯似地换了六任厂长，企业一蹶不振”，李某某是第六位由原告任命的厂长，该厂广大职工对她的基本评价是：“以权谋私，大肆挥霍企业财产”，对此，全厂职工有目共睹，李某某终因擅自越权口头同意兵工房地产开发公司拆扒厂房，给工厂造成至今无法挽回的重大经济损失而被职工大会依法罢免。对于她的劣迹，原告人以“瑕不掩瑜”加以掩护；然而我们要问：你们既然承认此人有“瑕”，就应向法庭说出她的“瑕”都表现在哪里？又属于哪种性质？可不可以揭露与批评？在我们看来，她身上不仅有“瑕”，说是劣迹斑斑也决不为过，考虑到不是本案的重点，这里暂不详予陈明。总之，原告认为此人“比较称职”的辩解是与实际相背的。戴文的内容真实可信。

5. 职工代表大会依法改选厂长之后不久，新厂长和全厂职工收到二轻局关于刘敏霞、李某某的任免通知的第十天，几个歹徒居然对刘厂长住宅实行打砸，二十四天后，五名歹徒有恃无恐地深夜破门，血洗了刘厂长一家，刘受伤住院。此后不久，厂里职工与家属又有二人遭歹徒血刃，一死一伤。该厂人心浮动，法律顾问出于责任感，连连向社会发出呼吁，他在第五次呼吁中直指有关公职人员：“你们还要让黑手党横行到几时？……你们再不能束手无策、听之任之了！”戴煌文章报道呼吁转述事实，又有什么错？二轻局诉状中说，他们不知道（其他两起案件）是正常情况。这正是二轻局对血案漠然视之的铁证！二轻局硬说“三起血案与帐篷厂罢免厂长、民选厂长无关”。请问：刘敏霞作为该厂的一位纯朴、忠厚老

工人,被选为厂长之前,有人对她进行过威吓、打砸直至血洗吗?其他两起,为什么偏偏发生在积极反对李某某的错误行径以及带领工人上访反映厂内问题要求民主选举厂长的李中欣、郭荫范的家中?有什么"事实"证明这些都属偶发事件?原告代理人称"血案都不是发生在厂内,所以与罢免厂长、民选厂长无关",以此证明戴文失实;他们还说,刘敏霞一事,她家的东西只有一件被击裂,只见墙上溅了几滴血,并不严重,够不上"血流如注",以此论证戴文失真;但这除了明证一个行政机关在这里失去了维民、护民的立场之外,还能有什么可说的呢?

审判长:问题不是戴文"硬把另两起案件与民选厂长联系在一起",这是事物本身有机的联系,并不以哪些人的意志为转移。目前有关血案的侦查与审理情况,更进一步地说明了这个判断的准确无误。至于说什么戴文"说明原告默认、纵容血案的发生,丧失了全心全意为人民服务的宗旨",这是原告的虚构,意在表明报道失实。可惜毫无根据,通观戴文,哪里有这些断语!

应说明:戴文并没有偏听群众的一面之词,他在报道中《二轻局的态度》专节里集中反映了二轻局领导的意见,如实地交代了对群众反映情况的更正,如:"至于买小汽车,没有那回事"等。有的则引用了二轻局领导的话作了充分的解释,从而间接地纠正了群众反映的有出入的意见,这难道不是客观的、求实的态度?对此又有什么可以责难的呢?

综上所述,可以得出一个不容置辩的结论:原告人的诉求,既不符实际,又不合情理,而且与我国的现行法律与相关政策直接违背,我们对它持否定态度是正确的,予以批驳也是必要的。

审判长:还有必要说明的是,原告人在其诉讼请求中要求本案十个被告"赔偿损失100万元";但细查其理由,竟无一字涉及这是什么损失,为什么索赔百万之巨?原告人在庭上回答审判长对于这个问题的询问时依然闪烁其辞,不敢正面阐述问题,说不出他们

到底有没有、有哪些损失。依照规定，名誉权涉及的损害，无非是两个方面，即物质的和精神的两种。原告人说得清他们在物质上受到了怎样的"损失"吗？至于精神上的，起诉状不用"损害"而用"损失"，恰恰说明原告人对这一项采用着欲言又止的态度，从而又从另一个侧面证明，原告人作为行政机关，是明知自己无权就"名誉侵权"提起诉讼的。至于二轻局的某位领导人认为自己在精神上因戴文的传播而受到了损害，前已说明，他可以举出证据另行起诉，甚至请求被告人赔偿数额更大的巨款，但那是与本案无关的另一码事。

诚然，原告诉状中列举有六项损害事实，可是这六项要么属于乱扣政治帽子，如"助长了无政府主义思潮的泛滥"；要么与原告无关。如："使市委、市政府蒙受了很多不白之冤"，"影响了该市的经济发展"。可是，这些所谓"事实"，即使有人认为可以成立，试问与二轻局有什么关系？市委、市府授权你们代为主张损害赔偿了吗？我们注意到，原告向法庭提交了一位书记在一封群众信上的批示，要二轻局提起诉讼。姑且不论这个批示本身的是非，它不是市委或某书记的特别授权代理诉讼毕竟是无可更改的事实。

经过法庭调查，原告终未能就上述六项损害事实提交任何证据，于是要求法院去该市调查取证，这又是出格的要求。《民事诉讼法》和相关的司法解释对法庭在什么条件下有权调查取证，作了明确的规定，其中包括"当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集证据"。本案原告连市纪委所作的与本案有关的《调查报告》都能弄到手，还有什么"客观原因"不能收集证据而要法庭代劳？其中有鬼，建议加以警惕！我们坚决反对，因为这不仅根本违背《民事诉讼法》规定的"谁主张，谁举证"的原则，更有悖于法庭公正审理。

审判长：现在可以就全案作出判断了。我们认为：记者书面采访，是正当、合理的，这是基本常识，无可非议。戴文对帐篷厂围绕

卖地、罢免并改选厂长所发生的一系列事件和职工群众的强烈反应的报道，是真实、客观的，文章呼吁维护社会正义、维护广大职工合法利益，抨击社会不良现象，主导思想正确。其中在枝节问题上的个别之处与事实有所出入（如帐篷厂有几栋办公楼房），不能由此认为“严重失实”，换言之不构成对原告名誉的侵害。最高人民法院《关于审理名誉权案件若干问题的解答》第七条和第八条对此有着明确的解释。原告因所谓“失实”而构成“侵权”提起诉讼，与最高人民法院的上述规定也是违背的，因而根本不能成立。《南方周末》作为严肃的报刊，对稿件是严格按照规定的程序审核的。我们还作过实地调查。就我们手上掌握的材料，戴文揭露的恶劣行径、不法现象仅仅是问题的一个局部，我们会在适当的时候公布全部真相。这里只是想说，报社的审稿态度是认真的，至于在个别地方不符实际或者某些技术性的失察，我们将予改正；但我们决不会因发表戴文引发的诉讼而放弃我们实施舆论监督的职责。我们是人民的喉舌。我们相信人民，恰如我们相信人民的法官一样，唯其如此，我们将实现报社总编在今年元旦向全国人民作出的承诺：“我们决不放弃！”而作为律师，作为报社的诉讼代理人，我们又有什么理由不敢坦陈真相，严予执法呢？这就是我们的原则性态度。

我们相信，合议庭对于一个无法无理的诉讼请求是不会支持的。我们决不怀疑，诸位法官能够以事实为根据，以法律为准绳，排除一切干扰，作出公正的裁决，我们指望合议庭执法的公正性。

代理律师：张思之、阎如玉

2000 年 1 月 13 日

诉 讼 文 书

民事诉状(摘要)

原告:李某,女,帐篷厂党总支书记。

原告:李×涛,男,帐篷厂工人。

被告:戴煌,新华社退休干部。

被告:《南方周末》,地址,广州市广州大道中289号。

被告:帐篷厂。

被告:《生活报》,地址,哈尔滨市道里区地段街1号。

被告:《黑龙江晨报》,地址,哈尔滨市道里区工厂街41号。

被告:《价格信息报》,地址,哈尔滨市南岗区宣信街15号。

被告:《中华周末报》,地址,北京市阜成门外北大街17号。

被告:《中国老年报》,地址,北京市阜门外大街34号。

诉讼请求

1. 确认八被告对二原告构成名誉侵权;

2. 请法院依法责令八被告停止侵害,恢复名誉,消除影响,赔礼道歉,赔偿损失100万元;

3. 诉讼费用由八被告承担。

事实和理由

1998年3月27日,《南方周末》刊登了戴煌的文章——《工人投票罢免渎职厂长,某市连发三起血案》。紧接着《生活报》、《黑龙江晨报》、《价格信息报》、《中华周末报》、《中国老年报》等报纸全文转载,在社会上引起了广泛的影响。报道严重失实,给原告在社会上造成了很坏的影响,严重地侵害了原告的名誉权。

一、关于报道失实的问题主要有以下几个方面：

（一）报道中称：1997年5月，李某某以上交管理费的名义给了二轻局90 000元，以帮助局领导们买了辆桑塔纳新轿车。这样做是竭力向上买好奉送工人血汗钱。而实际情况是：

1997年5月李是副厂长，6月17日才被正式任命为厂长，上交90 000元管理费虽有其事，但不是李某某所交，同时，二轻局并没有购买所谓的桑塔纳新轿车，并不存在李某某“竭力向上买好奉送工人血汗钱”的事实。

（二）报道中以《李厂长赶紧再捞一把》作为小标题，指责李以权谋私。依据是：李向局里上交“管理费”35 000元；在厂内报销招待费13 000元，虽然工厂近期没接待过任何客人，大部分白条上都是她一人签的名，既无经办人，又无财务审核人；更为严重的是，她以她儿子的名义，接连两次从工厂支取共18万元；李厂长报销1 615.28元医药费，并把她为了老来俏，单眼皮割成双眼皮的美容手术费也报销了。而实际情况是：

1. 35 000元不是上交的管理费，而是偿还对联社的欠款。即使上交了管理费，也是合理合法的，不能算作是“再捞一把”。

2. 李在厂内报销的招待费，有关部门已经多次审查没有问题。其中，报销的票据中没有一张是白条，全部都有两人以上签字或经财务科长签字，没有违反财经制度。

3. 以李×涛名义提出18万元是事实，但此18万元属于借款，不存在从中捞一把的问题。

4. 李某某所报医药费并不是她在任时报销，而是其前任厂长在任时经其前任厂长分三次批准后报销，并且李某某本来就是双眼皮，哪来的“为了老来俏”将单眼皮割成双眼皮?! 又何来美容手术报销的问题?!

（三）报道中称：她把自己的儿子李×涛，从一分工资开不出的外厂调进帐篷厂，在帐篷厂拿工资，人却去二轻局给局长兼党委

书记张云学开轿车。而实际情况是：

李×涛1992年初中毕业后曾在大田公司做过一段临时工作。1995年12月前任曹希成厂长经劳动局批准正式在帐篷厂就业手续，作小车司机，不存在从外单位调入的问题。李任厂长后，为避嫌，曾多次向局领导提出能否给李×涛调换一个单位。1997年7月，二轻局把李×涛暂借到局开车，根本不存在给局长开车问题。

（四）报道指责李某某是工厂起死回生的绊脚石。指责李某某讨论不知她与谁定的所谓的“动迁方案”。此方案未经职代会讨论，有人顺势提出了一连串责问：工厂3 500平方米的场地哪去了？托儿所哪儿去了？是谁决定变卖的？卖来的钱是咋开销的？李某某推托搪塞，前言不搭后语。该报道贯穿着工人合法，李某某专制，不顾工厂利益，不顾工人利益违法动迁的中心思想。而实际情况是：

1. 李某某并不是工厂起死回生的绊脚石。在其接任厂长四个月内，生产经营没有中断，共生产板房四十九栋，创产值78万元，受到上级好评。

2. 关于工厂卖土地的问题不存在，托儿所及资金使用等问题均系前任厂长时所为，李接任后既未卖工厂土地，亦未接收任何流动资金。李某某让职工看了账，不存在推托搪塞，前言不搭后语的情况。

3. “动迁方案”是二轻局闵副局长帮助协调，经与兵工开发公司协商，领导班子初步同意的，不是李的个人所为。同时，召开了退休职工代表会议、全厂职工大会，听取职工意见。职工提出：一要求全部动迁，给动迁费800万元；二要求参与动迁谈判；三对李不信任，要求民主选举厂长。李某某经与班子成员商量，同意选职工代表参与动迁工作，选出了二十三名退休和放假职工。当时二轻局党委认为李工作责任心强，努力工作，未发现有不称职和渎职问题，没有理由罢免。可见李没有专制。

（五）报道中指责李在任期间突出的政绩是把工厂尚存的流动资金挥霍得一文不剩，债台越筑越高，指责李贪得无厌，是渎职厂长。实际情况是：

李上任时工厂没有流动资金，何谈挥霍得一文不剩?！在其任职期四个月内，创产值 78 万元，生产秩序良好，保证了工人开支，并偿还了前任所欠的债务 50 000 余元。尤其值得指出的是，李某某不仅没贪，反而无私为公。其子李×涛为工厂联系展棚创收 10 万元，按厂里规定，应当给李×涛 7 000 余元的奖励，而李某某从企业利益出发，不同意给李×涛这笔奖励。李×涛分文未得。不存在渎职事实。

（六）报道中称：在李即将交出帐篷厂印把的关键时刻，李某某的儿子李×涛突然率领五名彪形大汉，分乘两辆出租车，横眉竖眼地赶到帐篷厂，公然叫阵，“谁姓郭，给我滚出来”。临走时还对工人们甩出三个字“走着瞧”！并称李×涛等人为“歹徒”，是“黑手党”行径。而实际情况是：

那天李×涛开着局里的车同二轻局的黄书记、林部长、工会王主席、闵副局长一起来到帐篷厂开会，开完会后，又拉着他们离开，当时开的是一台皇冠车。既没有带领五名彪形大汉，也没有说任何威胁的话。根本不是什么“歹徒”，更不是什么“黑手党”。

（七）报道中称：紧接着的 1997 年 12 月至 1998 年 2 月，该厂连续发生三起血案，三起血案都与厂长候选人以及职工代表、活跃分子有关；案情脉络清晰，这案子是秃子头上的虱子明摆着的事，但凶手仍逍遥法外。而实际情况是：

这三起血案客观存在，但均不是在该厂内发生。同时，两起血案已侦破，均是社会上他人作案，与李某某和李×涛及其朋友、罢免厂长事件无关。后任厂长刘敏霞这起血案未破，但经公安机关侦查，与李某某、李×涛及其朋友无关。

二、关于报道失实造成损害的事实

该报道严重失实，产生了广泛的不良影响，给李某某及家人在物质上和精神上造成极大的损害。与李某某同住的父母已近八十岁，因受到刺激，病情加重，以致生活不能自理。李某某因此报道后两次被公安机关传唤，身心受到严重影响。省内外亲朋好友和社会各界都议论此事，不少人都相信是真的，李为此受到巨大的打击。现在李神经衰弱，记忆力明显减退。大儿子婚期被推迟，大儿子和未来儿媳也被传唤。李某某现在无法上班，几个月未开一分工资。同时，社会上都议论李×涛是歹徒、凶手、黑手党、贪污犯，李×涛也多次被公安机关传唤，给其精神上造成了很大压力，同时数月未开工资。

原告认为，戴煌写作的素材是齐齐哈尔市帐篷厂提供并经其审查的，戴煌写此篇文章未经深人细致调查，《南方周末》未经严格审核发表此严重失实的新闻报道，严重侵害了原告的名誉权，应当承担对原告侵权的主要责任。而《生活报》、《中国老年报》等五家报纸予以转载，构成共同侵权，也应承担相应的民事责任，为维护原告的合法权益，特诉至人民法院，请人民法院依法作出公正的判决。

1998年5月11日

民事诉状（摘要）

原告：市二轻局。

被告：戴煌，新华社退休干部。

被告：《南方周末》，地址，广州市广州大道中289号。

被告：《生活报》，地址，哈尔滨市道里区地段街1号。

被告：《黑龙江晨报》，地址，哈尔滨市道里区工厂街41号。

被告：《价格信息报》，地址，哈尔滨市南岗区宣信街15号。

被告:《中华周末报》,地址,北京市阜外北大街阜外小学院内。

被告:《中国老年报》,地址,北京市阜外大街34号。

被告:《信息日报》,地址,江西省南昌市豫章路1号。

被告:《公共关系》,地址,陕西省西安市二学街25号。

被告:《服务导报》,地址,江苏省南京市。

诉讼请求

1. 确认上述被告对原告名誉构成侵权;

2. 责令上述被告停止侵害,恢复名誉,消除影响,赔礼道歉,赔偿损失100万元;

3. 诉讼费由上述被告承担。

事实和理由

1998年3月27日,《南方周末》刊登戴煌文章——《工人投票罢免渎职厂长,某市连发三起血案》。紧接着《生活报》、《黑龙江晨报》、《价格信息报》、《中华周末报》、《中国老年报》、《信息日报》、《公共关系》杂志、《服务导报》等报刊分别转载。报道严重失实,给二轻局及其所在地在社会上造成了极其恶劣的影响,严重地侵害了二轻局的名誉权。

一、关于报导失实问题主要有以下几个方面:

(一)报道中称:其主管单位——齐市二轻局——更换了六任厂长,多半都"勤勤恳恳加苦苦"地挥霍职工的血汗钱,汽车一台台地被卖掉了,3 500平方米的场地被卖掉了,连工厂托儿所也被抛售了,工厂六七百万元流动资金一文不剩,还拉下了200万元外债。此报道的用意想说明二轻局任人不能以德取人,用了不少贪官,领导不力。

事实是:六任厂长大都品行良好,个别厂长有时候存在一些问题,但瑕不掩瑜。尤其是李某某,是经过比较认真考核研究的,工作比较称职,并无"勤勤恳恳加苦苦"地挥霍的事实。汽车是有,卖了买,买了卖,有的顶账,均属于企业正常行为。3 500平方米土地

被卖根本不存在。托儿所用房卖了是事实，但托儿所用房当时是闲置的，处理符合厂子的利益。至于处理价格，则是另一问题。据调查，工厂从没有六七百万元流动资金。1988年帐篷厂开始亏损是事实，但不是厂长挥霍所致，而是计划经济向市场经济过渡过程中多种原因所致。

（二）报道称：李×涛从外厂调进帐篷厂拿工资，人却去二轻局给局长兼党委书记开轿车。1997年5月，李某某又以上交管理费名义给了二轻局90 000元，帮助局领导买了辆桑塔纳新轿车。用以说明二轻局在进人上走后门，接受李某某的好处，大揩工人的血汗钱。

事实是：1.李×涛在外厂工资较高，并不是一文工资开不出；2.李×涛是正常招工录用，不是调人；3.李×涛到局里开车是因为其母当厂长，给其母开车不便，经其母向局里请示，局里临时借用，亦准备另行安排；4.李×涛不是给张局长开车；局里也根本没有买桑塔纳新轿车；59 000元是李某某前任厂长交的。同时，此款是厂子还欠联社资金，不是管理费。

（三）报道称：二轻局认为职工上访不过是"瞎子点灯——白费蜡"，并用了"不置可否"、未作出"负责的答复"、"虚晃一枪"等词来说明二轻局不重视上访，不站在工人利益一边，消极观望，推托搪塞。

事实是：二轻局一方面严格执行国家、省、市动迁法规，另一方面积极做上访职工的工作，每次接待上访都有据可查，不存在藐视职工利益、不负责任、推托搪塞的问题。

（四）报道称：李某某知道她这个厂长快当不成了，赶紧向局里"上交管理费"35 000元。以此说明李与二轻局关系不正常。

事实是：李上交的不是管理费，是厂里欠联社的资金。她并不是主动交的，而是厂子有生产经营活动，加之长期拖欠，二轻局多次向厂里催要，李才向二轻局依法交纳的，不存在"竭力向上买好

奉送工人血汗钱”给二轻局的问题。

（五）报道称：二轻局领导一方面把责任推给市建委，一方面与李某某研究“动迁一事”。

事实是：二轻局没有把责任推给市建委，同时也不认为有什么责任，因为原告认为动迁是依法进行的，不存在违法的地方；同时，动迁是势在必行，新上任的厂长也向局里提交了动迁方案，只不过在价格上不同而已。说与李某某研究动迁一事，这又有何过错?!

（六）报道称：李被任命为帐篷厂厂长，未履行职工（代表）大会讨论通过这一法定手续，又一贯独断专行、胡作非为，职工完全有权罢免并要求民主选举厂长。几经交锋，二轻局领导们才不得不接受这一合理要求。

事实是：任命李为厂长，是按照有关条例规定，经过严格考核，在广泛征得了在职职工意见的基础上决定的。经过一段工作，反映不错，不存在独断专行、胡作非为的问题。职工提出罢免，是一部分职工对动迁方案中的利益分配不理解或有想法。在个别人的“引导”下，提出了罢免非法厂长的问题。二轻局不认为职工的做法合理，只是出于稳定局面，才答应了职工要求。

（七）报道称：他们在退休老工人郭荫范等职工代表的带领下，向二轻局领导汇报并要求惩办李×涛等歹徒们的行径。对于惩办黑手党的要求，二轻局似乎没听见。此报道以此说明原告对厂里的违法、犯罪纵容，不闻不问。

事实是：一是从未有人向二轻局领导汇报并惩办李×涛等歹徒的行径；二是李×涛等人不是歹徒、黑手党；三是二轻局不是公安机关，无侦查惩办的权力和义务。

（八）报道称：从整个谈话可以看出，二轻局对所属工厂接连发生的这些血案似乎并不那么太着急、太惊痛。此报道说明原告默认、纵容血案的发生，丧失了全心全意为人民服务的宗旨。

事实是：三起血案与帐篷厂民选厂长无关；三起血案除刘敏霞被打一案，厂子报了案，其他两起厂子没有向二轻局报案，二轻局不知道是正常的；《半月谈》编辑向二轻局询问后，二轻局领导找刘敏霞了解，刘也认为郭荫范老伴被砍和李中欣被刺与民选厂长无关，所以未报案。报道却硬把另两起案件与民选厂长联系在一起，起到煽动蛊惑人心的作用。

二、关于报道失实造成损害的事实

由于报道严重失实，产生了广泛的不良影响，严重损害了二轻局的合法权益。体现在：

（一）报道发表，被点名的五位领导的亲属、朋友从各地打来电话询问，给他们个人和家庭增加了不少精神压力，损害了他们的名誉。

（二）二轻局下属企业开始出现不安定因素。有的企业仿效帐篷厂，搞串联集体上访，提出一些无理要求为难企业，为难领导，助长了无政府主义思潮的泛滥。

（三）报道的发表，使局领导威信下降，工作上指挥不灵，有的甚至公开讲二轻局的班子是腐败的班子，市委要动大手术，闹得人心慌慌，使全局工作受到很大影响。

（四）全国各地很多不明真相的读者纷纷来信、来电指责二轻局和市委、市政府，使二轻局和市委、市政府蒙受了很多不白之冤。

（五）报道发表后，市委、市政府调集了三十余人，成立三个专案组，对报道反映的问题进行为期近两个月的调查，耗费了大量精力、物力和财力。

（六）报道使人们对×市的社会治安和投资环境丧失信心，影响了二轻局和×市的经济发展。

据上，二轻局认为，戴文未经深入细致调查，《南方周末》未经严格审核，发表此严重失实的报导，严重侵害了二轻局的名誉权，应当承担侵权的主要责任。其他八家报刊予以转载，构成共同侵

权，也应承担相应的民事责任。为维护二轻局的合法权益，特诉至法院，请法院依法作出公正的判决。

1998年7月14日

附录:媒介在审判席前的抗辩

——戴煌与《南方周末》等媒体被诉名誉侵权案追录

一、引子

舆论监督,众人爱之,有人厌之。大体上说,厌之者多为封建思想浓厚的人以及那些染有帝王思想手握权柄的"肉食者"。我们的甚爱不移,无非是因为它千真万确地起着维护正义、揭露腐败、稳定大局、推动社会进步的无可替代的作用。这种感情上的对立或观念上的分歧,在司法领域也有反映;实施监督的媒体一旦被某些被监督者告上法庭,常不免与执法者手中的权力碰撞,不仅得不到正当保护,甚至得不到人们企盼的司法公正。

《南方周末》等数家媒体发表了记者戴煌的一篇报道,内容涉及的某市帐篷厂原厂长李某某母子和该市二轻局,分别以"名誉侵权"于 1998 年夏初告上法庭。省会市中级法院于 2000 年 1 月、3 月两度重复审理,举证、质证、认证、辩论进行完毕,当事人发表了"最后意见",全部审理程序结束,两个合议庭的审判长都明确宣告"定期宣判"。再也不会料到,在等待了三个月之后,6 月 20 日、21 日,竟又搞了场第三次开庭,目的只是要证实原告方提出的一份书证"合法有效",从而说明被告方的侵权成立。追思此例,为舆论监督平添几多愤激,对司法权力又增加几许忧思。记之备忘,于是写追录。

二、事件的缘起

1997 年岁末,北京一家杂志连续收到六封某市帐篷厂法律顾问发出的《呼吁书》,针对帐篷厂的问题和与之相关的"血案",吁请披露,冀得解决。杂志主编转请戴煌"仗义执言"。事关工人利益,

涉及"腐败"问题,戴煌用有效方式采访经月,以《工人投票罢免渎职厂长,某市连发三起血案》为标题写成报道,寄请市有关同志复核修订,确认无误,于1998年3月27日由《南方周末》刊发,后经几十家媒体转载。文章涉及的情况和问题主要有:李某某利用厂长职权,乱报个人开支;"向上买好",以交管理费名义奉送工人血汗钱;私定"动迁"方案,向"开发公司"出卖工厂利益;工人上访,要求免职,在另选厂长的前后又出现了一连串值得重视的问题,特别严重的是:刘敏霞厂长任职的第十天,家被砸,不久,复遭五名歹徒夜袭,"血溅白墙",家具被毁,刘因伤住院。1998年1月14日,积极主张罢免李某某的老工人郭荫范老伴张艳云被杀家中,财物未劫。2月26日,厂积极分子李中欣也被五名歹徒路砍十刀,未劫财物,幸免于死。三案连发,至今未破。

两位老党员读了报道,致函市委,要求侦破血案,惩治腐败。市委一领导在一封来信上批示:"转二轻局作为起诉佐证"。三天后,李某某递了起诉状;7月11日,二轻局起诉,状告戴煌与《南方周末》等媒体名誉侵权,各索赔100万元。看来,两起讼事统由一人挂帅。看来,实施舆论监督的媒体这一回捅了马蜂窝。

三、有"证"但失据

所谓"打官司",从根本上说主要是打证据。

头两场开庭,两家原告一致提出了三份他们认为颇具分量的"书证",意图证明主张成立,请求合理。一经质疑与辩驳,其实统统无据。

1. 一份长达三十一页的该市纪检委针对戴煌文章涉及的李某某问题所作的调查报告。

这份"证据",在程序上就"先天不足":第一,查证先查来源,我们要求查明:市纪检委的《调查报告》,被审查对象即本案诉讼当事人和他们的律师怎么搞到手的?原告方有责任说明它的来历。第二,提交的复印件,三十一页后明显地还有文字全缺,为什么不提

交？何以见不得人？完整性是对书证的基本要求，此证既不完整，不管来自何方，都不具有证据的效力。第三，《调查报告》附件数百页，内容不仅触及调查对象，而且涉及举报，自不宜公开质证；证据未经质证又依法不准采信，试问这几百页的附件有什么用？

质疑内容有法可依。按照最高法院 1998 年第十四号文件的规定，"对(单一)证据的审核和认定"，合议庭应审查以下五个方面："(一)证据取得的方式；(二)证据形成的原因；(三)证据的形式；(四)证据提供者的情况及其与本案的关系；(五)书证是否原件；……复印件是否与原件的内容相符合"。尽管我们强烈地要求据此"审核与认定"，合议庭未置可否。休庭时，我们按照规定提出复印该《调查报告》第三十一页后的文字，竟然不准；要求查看，法官说"得经请示，现在不行"。这说明：《调查报告》已经在举证、质证之后，列为证据入卷备查了；按照证据本身表明的状况，它不具有合法的效力，似乎也没有疑义了。

附带说明，这份《报告》的内容，特别是它的附件的内容，对原告方，尤其是对李某某并不有利。只怪她(他)们事先没有细看，没有认真研究，就贸然扯起"大旗"，以为足可震慑对方，说服法庭，从而稳操胜券。孰知情况并非如此。尽管这样，我们也决不敷衍了事，任人随意地将纪检委的专案报告移为诉讼证据，达到诉求的目的！这个原则，不会动摇，不会放弃。

2. 一份由当地公安机关今年 1 月 10 日给原告律师出具的"证明"，说前述的张艳云被杀案，犯罪嫌疑人贺凌瑞供认抢劫杀人，"目前仍在审理中"。这是公然编造的伪证。该案市检察院已以证据不足为理由撤诉，并经法院于去年 11 月 23 日以(1999)刑二初字第二十三号裁定"准许撤诉"在案。张艳云被杀，历经三十二个月，至今未侦破。三起血案，一件没结，凭什么确认与帐篷厂无关？问题是：为什么要制造伪证并交由律师提交法庭？伪证应如何处置，难道法律没有规范？

3. 鉴于第二节中提到的“领导批示”已由原告方正式提交法庭证明当事人主张，从而成为书证，这位领导也就取得了证人的合法资格。我们要求他出庭质证，说明这份书证可以证实哪个论点或者哪项论据，以利于查清问题。合议庭未置可否，然而这一传证要求合法有据，我们坚持！

其他的证据，诸如李某某儿子李×涛早先女友的亲属出具的证词，实在不能证明什么具体问题，略而不记。另有一些，将在以下各节的叙述中提出，这里也从略了。

四、“事实”质疑

可是，原告方提出的侵权事实是否存在呢？下文综合原告认为戴文侵权的论据，分类说明如下——

其一，李某某向二轻局“上缴管理费”问题。原告提出戴文失实的理由是：5月上缴的90 000元，与6月任职的李某某无关。10月又缴35 000元，符合规定，实际上是还的借款，“不论是交费或是还欠，都合理合法。说上缴管理费是为了让局领导买新车，无此事”。

先让证据说话：那年5月之前，前任厂长因案被检方传讯，李某某当机立断，即刻宣布“主持全厂工作”。虽未任职，实已视事，何况她本来就是党总支书记！那时生产萎缩，效益甚差，职工下岗，生活艰难，竟在几个月内连续两次上缴管理费高达125 000元，这合的是什么理？对此，二轻局有位副局长对市纪检委说得很坦诚，是：“她（按：指李）刚上任，后又借小涛（按：李的儿子）到局里，应交点。”（见《调查报告》附件，1998.4.29谈话）

原来如此！可又为什么改换票据，把原已开出的“管理费”票据改为“还款”的收据？这是弄虚作假。处理合理合法的事务，怎么要用不合法的手段呢？诚然，二轻局没用这些钱买车，但不等于没问题。请看市纪检委《调查报告》中的一段文字——

“经调查认为，市帐篷厂在职工放假、工资发放困难的情况下，

向主管局交还借款(按即管理费),主管局发放了奖金,是错误的,违反了财经纪律。"

的确是错误!还款,错了;发奖金,错了。买了轿车,还能留下一笔固定资产,发放奖金,这些职工的血汗分流到哪家了呢?切莫说此类事小,整治党风,不正应从这类"小事"抓起?戴文抓住"小事",又从大处着眼,剖析典型,引人注意,侵犯谁的名誉权了呢?

其二,滥用职权,报销费用问题。

先说"医药费"。戴文说:"在职工的医药费没法报销的情况下,她的照报,而且割成双眼皮的美容手术也报了。"原告说不实。根据有二:一是"照报"有人批准;二是天生双眼皮,无须再割。

请看证据:1993年厂职代会决议:职工医疗费计入工资,超支不补,节约归己,不准另行报销。李报医药费时,是身兼副厂长的党总支书记,不是更应严格执行吗?"有人批准",批者同样有错!再查"单据",问题更为突出。据我们收集的材料,她的医药费单据绝大部分来自药店,有的发票竟是百货公司售出的"洗发水"!美容手术也非空穴来风,该医院的美容术附于外科,李眼皮有疾,花去手术费200元,按规定也不能报。对此,《调查报告》有个结论:李"违背厂里规定报销医药费,属于部搞特殊化,此问题应予纠正"。既应纠正,难道不可以报道?

再说"招待费"。戴文报道:"李在厂里报销招待费13 000元,虽然近期没招待客人,而且大部分白条都是她一人签名,既无经办人,又无财务审核人"。李说报道失实,但又不能说明确无此事。这里举出数据就够了:她当年6月任厂长,报招待费527元,此后逐月猛增,7月1 699元,8月5 172元,9月、10月都高达13 000余元,合为33 500余元,还不包括用了账外款6 000元!戴文所指,是一月之数。《调查报告》说:李的"行为是错误的,其中有的款项应由李承担,由市纪委收缴返还帐篷厂。"原告律师不同意。说这件事"经过审计没有问题"。奇怪的是,拿得出市纪检委的《调查

报告》,却未能向法庭提交《审计报告》以供质证以利采信。顺便要提个疑问:那些单据,许多是同一店的连号发票,开票日期相差二十天,日期却先后颠倒,谁敢断言没有一点别的问题?这是否也通过了审计?

滥报"支出",套取工厂资财,戴文所"报",部分而已,有证可查:她儿子入厂前的"驾校培训费"可由厂里补报,她还可以代亡夫从厂里非法领取保险金2 020元。1993年5月,她为任职二轻局的丈夫办"简易人身保险",不久病故。保险公司因不足六个月而不付保险金。李以财务人员没人及时去办保险手续为由,硬要工厂赔付。《调查报告》的结论是:"违反规定,在工厂支付保险金是错误的,应全额收缴,并应追究责任。"令人惊奇的还有:她还可以把自用酸菜搬到厂里"渍";厂里的电视机可以抬回自己家里看!也莫看不起这类"小事",记得胡耀邦同志有个形象说法:这是"田老鼠",专挖自己田塍!不是吗?

挖出"内耗",构成侵权,只可叹为怪事了。

其三,从工厂支取18万元的"欠款"问题。戴文说:兵临城下,她想再捞一把,"以她的儿子李×涛的名义接连两次从工厂支取共18万元"。报道的根据是财务票据,收款人李×涛,批准人李某某,两处都是李厂长一个人的笔迹。李说:报道不实。那是应急的借款,利息三分也是集体定的,因商定只能由本厂职工"集资",故用李×涛之名。

问题是:款,借自朋友,息,由友人取得,怎么说得上"职工集资"?更何况,高息是用报虚假工资的手段领取的!问题是:那年9月,工厂发生"动迁"争议,10月初工人贴出公告,不准她行使权力,又怎么还要再借60 000元,在账上打个滚,没几天就由李×涛连利一块取走了?还有,李某某还向"动迁"单位——开发公司以三分高息借得18万元。企业拆借,没有合同,没有协议,甚至账上没见反映。据此,《调查报告》也认为"以作假工资表的手段支出利

息，是违反财经纪律的”。二轻局的闵副局长还认为，“应交个人所得税”！可是，现在以一句戴文“失实”，就把违纪、违规、违法的事抹了！然而既已成讼，恐怕得辩出个虚实了。

其四，“动迁”问题。这是戴文的重点内容。李某某个人专断，未与开发公司达成协议，擅自同意拆扒厂房，职工不满，上访、请愿由此而起。在法庭上，李氏母子状告的被告方之一——帐篷厂的代理人说得好：她“给工厂造成重大损失，涉及渎职，职工为什么不能揭露？事实俱在，我们侵犯了谁的名誉权？她作为厂长，造成损失可以不计，揭发了她，还得赔偿，天下哪有这样的理”！

但二轻局的看法不同。坚持“动迁是依法进行，不存在违法”。看来李某某无权威供她坚持，只可凭扯谎掩盖真相。这在《调查报告》的附件中有多处表演，例如她居然敢对职工说“不认识开发公司的人”！她欺负工人无法洞察她(他)们很够交情，一句话可借18万元！其实，二轻局闵副局长早有觉察，在会上说：“李某某对我们撒谎！”

戴煌报道的“动迁”事件发生、发展的过程中，确有反映官员压制民意、不负责任的文字，如：“拆迁是政府行为，我们局阻止不了。”说对职工的意见“不置可否”或“虚晃一枪”。这些意见尖锐吗？并不！二轻局面对上访职工，推诿责任，开出介绍信引他们去找市建委，仅此一点足见真面。是否“不存在违法地方”呢？这得法律说了算。省高院1999年6月10日的司法文书明确指出“开发公司对帐篷厂拆迁，未取得任何合法手续”。这个案翻得了吗？原告在这件事上发了不少议论，连上文的“不置可否”都是“侵权”，如此蛮横，夫复何言？

其五，民选厂长中的问题。戴文主要讲到“合理合法”，披露了民选后出现的异常情况。纵观全案，群众要求民选厂长，“动迁”是近因。远因是对原厂长的作为多所不满，前此已有人举报她的谋私种种，与戴文相关的主要是：职工下岗，公子进厂。材

料证明:她的二公子李×涛1995年底“招入”帐篷厂,三天后转正定级,半年之内连升三级,有十二天内连晋两级的记录。细查履历表,连学历都有伪造,其中的“本人意见”有的竟然是李厂长代笔! 原告说,戴文讲“调入”,不实;实际上是“招聘”。戴文讲“让他去给局长开车,不对;是给副局长开的”。把“招聘”写作“调入”,可以认错,但作为侵权之辩,有一丁点价值吗?

严重问题出在:有人恐吓威胁当选的郭厂长。戴文披露:李淑琴的儿子李×涛(应为“波”)率领五名大汉,分乘两辆出租车,到厂叫阵:“谁姓郭,给我滚出来!”原告声言决无威胁语言,报道不实。是否不实,请看两份证据:

第一份,二轻局一位副局长证言:“她(李)的大儿子是坐出租车去的,说了一些威胁的话,这事确实有。我和某书记去时,他们已经走了。”

第二份,当地派出所所长证词:“……郭当选厂长,李某某儿子带人到厂里闹事,并扬言威胁厂长……。职工反映李某某儿子来厂和郭争吵后被劝走。我们交代:选举厂长是大事,不允许任何人捣乱破坏。”

其他的证言,略而不举。原告说,去的不是五个大汉,一共四人;他们坐一辆出租车,不是两辆。振振有词,但都未涉及名誉缘何受损。至于“波”、“涛”之误,下文专述。

其六,关于“血案”。戴文对连发三起血案的时间、地点和被害人状况,扼要报道,准确无误。谁是凶手,有无背景,未作判断,对于二轻局领导的观点也有交代,不知何处侵犯了二轻局和李某某的“名誉权”?

三案发生在民选厂长后不久,受害者不是新厂长,就是积极分子或老工人家属,至今未破,怎么就能一口认定与何事有无关系?二轻局作为上级主管,为什么就不该负起责任,予以关注?齐市重工业集中,北方重镇,两月之间连发三起血案,时过两年,无一告

破，作为该市要员，能不自责？媒体以此向党政领导发出吁请："不能束手无策，听任暴徒横行"，错在哪里？二轻局代理人说：戴文一出，影响外资投入，该市经济受损，市委威信下降。如此怪论也只能说是黑白颠倒的拙劣调调了。即使戴文有此大过，该市官员自可因其名誉受损而提起侵权之诉，谁又授权你二轻局在庭上代市委陈词？

对方律师说：三案清清楚楚，事实俱在，戴文说是"疑窦丛生"，歪曲事实。什么"事实"？三起血案，一件不破，难道不是事实？仅此一端，就会生"疑"，媒体报"疑"，以利速"明"，有何不可？如果连这都构成"侵权"，我们只好自断"喉舌"，尔后自吞恶果了。

五、观点的辨析

前两次庭审论辩中还涉及其他一些观点，主要有：

（一）我们认为：二轻局与李某某母子不同，它作为行政权力机关，不存在名誉权问题，有法理为据：第一，民法调整的是平等主体之间的财产关系和人身关系，而行政机关在行使行政职能时与相对应的公民、法人的地位是不平等的，是管理与被管理的关系。行政机关握有权力，没有人能够阻止其行使。因此宪法赋予公民对行政机关有批评、建议的权利，舆论监督就是行使这项宪法权利的重要方式。第二，人民大众对行政机关的活动会有不同的评价，但不论哪种评价，都不可能导致它蒙受财产损失（一旦它以经费从事交易活动，才有可能，从而形成民事法律关系，具有民事主体地位，但那是另一回事），因此，行政机关提起名誉权诉讼没有民法基础。总之，对行政机关有所批评，即使过火或者错误，行政机关都不能依民法提起名誉权诉讼。如事涉犯罪，应由刑法调整，更不属民法调整范围。

（二）二轻局的诉讼代理人、该局党委副书记，用历数戴文发表"给二轻系统工作带来损害不小"的方式，间接否定了我们的观点，说：戴文发表，好些企业学帐篷厂，上访增加，要求民选厂长者

增多,我们的指挥失灵,效益逐年下降。五个被报纸点了名的局领导名誉受到程度不同的损害。二轻局委托的律师进而作理论阐释,说这是“无形损失”,索赔百万,合法。

但是——

上访属于公民权利,事关群众路线;选举反映民主,人民要挑公仆:春潮涌动,令人鼓舞。至于指挥失灵,那是公务人员素质低下,跟不上形势,何不自辞?至于“无形损失”一说,改了法定概念“精神损害”,显有难言之隐,是明知“二轻局受到精神损害”之说上不了审判台!还有,姑不论索赔是否合法,试问百万之数,据何算出?其中的“法定”经济损失与你们主张的“无形损失”各占多少?再有,且不说二轻局作为案中原告无权代替其他个人(领导人也不行!)主张民事权利,在“无形”的部分中,五位领导是否均分?

原告方对此都无能回答,却“要求法庭调查核实”;然而不幸,这是又一个不合法的要求!

(三)原告设定的损害后果与戴煌文章没有法律上的因果关系,侵权之诉依法不能成立。李某某说:戴文在《南方周末》一发表,大祸天降,公安人员深夜传讯,行为粗野,屡思自杀,以清白告慰亡夫。说到经济损失,主要是:失了工作,工资应补。李×涛(第二原告)则提出:因受刺激,精神恍惚,驾车撞人致伤,赔款30 000元;女友分手,赔了4 000元,再就是打官司“花了不少”。律师没提“无形损失”,但作了概括:索赔百万,合理有据。

任谁都明白,原告自设的“果”与他们主张的“因”,绝无内在联系,无须细辩,被告方仅止于提出了两个问题:1.公安传讯事出于有人举报,非因戴文而起,卷中有证;李自述戴手铐,坐铁椅,刑讯逼供,侵犯人权,何不诉诸法院?2.“拜拜”女友,为何索赔?出款4 000元,为何要戴等代付?原告人当庭宣读过该女方亲属的一份不着边际的“证言”,不知是否与“4 000”有关?

(四)原告方断言“李某某称职,是好干部”。说:“就算三七

开，对毛主席不也是三七开吗?"这，不是语无伦次，就是忘乎所以，除请求法庭批驳外，无须辩驳；但它反映出一个问题：舆论监督，不能等同于"干部鉴定"，也不是一次总结。它就是评头论足，指斥缺点与错误；它没有"隐恶"的功能。诚然，监督会较严格，报道或有过激，但媒体要求公职人员，特别是党员领导，实应有更高标准。握着一定的权力，要求不高不严，注定导致腐败！事关媒体的功能与职责，不敢忘记。

（五）报道涉及的事实，即使达不到客观上的绝对真实，只要其重要内容并不失真，就构不成侵权。媒体报道，会有缺点，不免失误，把帐篷厂四层楼写成四"幢"，就留下了笑柄。重要的是，因技术性失误而弄错人名，易生影响。例如，把李×波去工厂威胁郭厂长误为李×涛就是。我们一再申明：技术性失误也是"误"，理应向李×涛致歉；但如硬要借此说成有侵权"故意"，又不能认同。戴文把黄某某之名误写，二轻局的相关文件把李×涛之名误写，难道也都是故意侵权?

但这里又提出两个问题：

第一，新闻报道中的某种情况，即使失真，也不能构成侵权，前举的四"层"误为四"幢"便是适例。再如刘敏霞厂长被打，原告方多次强调只是"有点血迹"，戴文说"血流如注"，构成"侵权"。血流是否"如注"，或有写者说者的感情在，作为报道，见"血"就是"实"。尚未如注就构成侵权，谬！试问：让人家流多少血才能说是"如注"呢?

第二，新闻报道应当如实，与法院裁判的必须如实，有其各自不同的衡量尺度。对前者，关键在于新闻源真实，而对它的法律要求则是主要新闻点基本如实，因而在语言上允许明快、尖锐；而对于后者，当然需要"以事实为根据"，包括细节真实，而其文字则应严谨、周全，在此基础上才能下断语，作裁决，据以实现"生杀予夺"。简言之，不能要求新闻报道如司法文书，毫无差错，绝无瑕

疵！限于各种条件，这种要求也是做不到行不通的！这里的关键是体察报道的主旨，提倡什么，反对什么；再研究主要情况、重要问题是否“基本如实”。戴煌被诉侵权案，涉及名誉。所谓名誉，是对人的社会评价的一种综合。他的报道是否在基本点上贬低了对李的社会评价呢？没有。你谋了私，辩为“有人批准”，是自我认识。报道只说谋私，不说“人批”，构不成侵权。这是不以个人的意志为转移的，职工对调查人员说，李的“私心太重”，已“有民愤”，难道能因这不是法律术语就充耳不闻？

尽管如此，我们依然认为：作为报道，作为媒体，应当把工作做得尽善尽美，万无一失，如此才会有更强的力量，发挥更大的作用。

六、好厉害的“职权”

审理终结，久拖不判，我们已经料到，法官会在宣判前不辞辛劳，北上该市，“依职权”调取前述原告方提出的重量书证——《调查报告》，使之由非法变为合法。我们再也无能想到，法官竟然会强使早已走完的审理程序“回归”，以便当庭“认证”它合法有效。可是，不讲程序，哪有秩序，会乱套的！这个活生生的例证说明：诉讼，不按一定的程式和法定的顺序依次进行，不讲正当程序，专断与滥权注定跟进，取审判而代之。日前报载：最高法院的新闻发言人说：对于解决案件程序问题的裁定文书，“公众并不关心，公布的必要性不大”。此说与实际脱节，带有片面性。让人担心的是，上上下下对程序问题都这么漫不经心，听任实体公正失却可靠屏障，司法公正不免成为一纸空文！

这次开庭，涉及三个问题：（一）全部审理程序结束之后，合议庭可否按照某种需要再次开庭？（二）当事人举出的虚假证据、瑕疵严重的证据，合议庭可否在庭后“弥补”，代为遮盖？（三）法官“依职权”取证，受不受限制？取来的证据如有瑕疵是否有效？

开庭之始，两案的主审法官口径一致，说明他们是“依职权”调取了证据，交付“质证”。那么请问：何谓“职权”？

众所周知，“职权”是指职务行为中的权力与责任的统一，或者反映着权利与义务的统一。因此，在法治国家，凡属“权”，必受“限”，就有制约，就受监督。否则，有权者必腐败，老百姓定遭殃。以法官“调取收集证据”的职权为例，其“限”则有如下的规定——

（一）法官无权调取“一切”证据。依据规定，只有四种证据有权调取，其中范围最宽的，是最高法院 1998 年第十四号文件明定的“认为需要自行调查收集的其他证据”。

这就是说，并不是凡“认为需要”的，都可以调取。规定中的“其他”最关重要，就是“限制”，指的是：除当事人有责任提出并且能够提出的证据之外，“其他”的，法官才有权调取。否则，无权。

（二）法官“自行调查收集”证据，同样受程序的制约。《民事诉讼法》第一百二十八条规定，“法庭辩论终结，应及时判决”。如于辩论终结之后调查取证，当然违反程序，于法无据。不仅如此，在时间上也有其“限”。最高法院 1998 年第十四号文件第五条第五项就此作出的规定是：“由人民法院调查收集的证据”，应当在“开庭前做好”。对于补充证据，最高法院 1992 年第二十二号文件作出的司法解释，对当事人有明确的要求，即：“指出其在合理期限内提交。”据此原则，人民法院应遵循“合理期限”的限制自无疑义。此“合理”的期限，应是“辩论终结”之前，也无可置辩。

（三）当事人提交的证据，因有瑕疵或属作伪而不能认证其为有效，尔后再由法官依职权自行收集调取，这当然属于滥用“职权”，以“补救”方式“替代”一方当事人举证。就本案而言，则是“掩护”了一些人在证据上的作伪。“职权”中无此内涵，过了“限”，出了“格”。

由此可见，“依职权”就是依法，二者一致，并无矛盾。

现在再来考察法官调取的《调查报告》，是否补救了或者匡正了原告前此在举证中实施的作伪情事，能否解决该证据的“合法有效”问题？

先请记下这一背景:前次开庭,我们要求复印原告方"瞒"不出示的证据材料,法官以"应请示"为口实婉拒。这说明:原告方在庭下单独提交法庭的复印件含有"不出示"的材料,它与当庭出示的残缺件不同,法官是清楚的。前后几番操作,他们之间似有默契;然而真个是智者千虑!这场第三次开庭,拿出了"全部的""调查报告",却更进一步地暴露了原先作伪情节的恶劣。补救不及,反添"新"疾,要为:

(一)看到"全貌",方知该《调查报告》无人签发,没盖印鉴,未列附件,不见主送机关,完全不具备公文书应有的格式与要件,自始没有生效,草稿而已。难怪《报告》中的对"李某某的违纪问题另案处理"以及"二轻局……违反了财经纪律,……应根据有关规定追究有关人员责任"等等,至今两年过去,也无人落实。

一份草案,怎么可以用来冒充公文性书证交由法庭"认证"呢?

(二)令人惊诧的是:原本《调查报告》第三十一页最后还有两行文字——"市帐篷厂和市二轻局个别领导也存在一定的错误和工作失误之处,主要有以下几点",以上三十六个字统统被原告方在复印时覆盖。明目张胆地运用复印手段变造"证据"的内容,这不是搞伪证又是什么?特别是其间竟有律师的参与!

这样的"证据",法官明知其虚假,还谈得上什么"认证"呢?

(三)这次该《调查报告》的第三十二页因第三场开庭而不得不出台亮相,残缺获补,但一查该页内容,共四项,却暴露了问题的严重性。四项内容主要是对于李某某、二轻局等等的错误、失误所下的断语,与戴煌文章密切相关,与李等的"名誉"紧紧相连,正是本案的讼争标的,原先举证时故意隐瞒不出,回避法庭的审查、质证,法官为何不"依职权"予以批驳,加以纠正?那样的"证据",还有什么"认证"的价值,居然要由法官亲予弥补!

还应指出:几百页的"附件",是否重新调取,或者已经"认证",也不提了。那些附件中的材料,许多是直接证据,有的又与《调查

报告》的说法互有出入，在程序中又应怎样“依职权”解决呢？

至于市纪检委的《调查报告》，怎么会到了被审查对象及其代理人手上，是个原则性问题，这次依然无人作出可信的说明。只有原告方的律师淡淡地解释说，是经律师事务所按规定取得的。这可没有回答问题。谁不知道，在这一点上，律师与他的事务所同义。只要明白归根到底他们是以原告方的名义交到法庭履行举证责任，支持起诉状里的主张，一切也就清楚了。于此不得不提个疑问：你们在证据上弄虚作假是否也要事务所承担责任呢？

之所以重视这个问题，不仅是审核证据的需要，还因为事涉有人违法违纪，不弄个水落石出，有违于我们的职责，有悖于我们的良知！怎么可以听之任之？

还不得不指出：法官自行调取的证据，也有瑕疵，不是合格的公文性书证，依然没有证明力。——

最高法院法发(1992)第二十二号文件，作为司法解释，在其第七十七条中有个规定：“有关单位向人民法院提出的证明文书，应由单位负责人签名或盖章，并加盖单位印章。”讲的是两个条件：首先是“单位负责人签名或盖章”，其次是“加盖单位印章”。二者缺一不可。由于公文性书证具有优异的证明力，严格设定这样的法定条件，使之起到“双保险”的作用，十分必要。

不幸，法官调取的“证明文书”，没有得到“单位负责人签名或盖章”，从而失去了这份文书的法定条件，当然也就不具有合法证据的效力。

诚然，文书复印件上加盖了一个红彤彤的“单位印章”；但这个“盖”与上引的司法解释之“盖”截然不同。前已说明，这个红章，原件上缺，这就发生了问题：文书的原件无印章，复印件上却盖着章，二者互不一致了。那么，新盖的红章想着证明什么呢？是“追认”吗？请问：根据什么情况、什么理由，可以在两年后制作的复印件上用了一个“印章”试图“追认”原件的效力呢？记得

原告方提供的复印件上，在首页上端有一行说明："此件复印于××××市纪检委。"法官调取的复印件上连这句说明也没有，看来此次北上取证就是补盖了个"单位印章"。可是，这种事后补加的行为，如无权威性的可信解释，它对于认定证据的效力又有何用？更何况原件是份未生效的文书，它的效力又在哪里！

七、尾声

一位年轻法学专家、中国政法大学的王涌博士，今年1月发表了一个动人心魄的观点："在法律的时代，背叛正义所需要的已不再是暴力，而是技巧。一个是曲解法律；一个是玩弄证据。"乍听刺耳，但多么中肯！我们这些与法律血肉相连的工作人员——法官，或者律师，都不能是正义的背叛者，发现失误应能得到纠正。玩弄技巧背叛正义，决不可为。英国法学家边沁说："审判的技能，在实际上，只是利用证据的技能罢了。"对此似应从正面理解才好。愿我们的法官在依法理讼原则的指引下，给舆论监督一个能够充分发挥作用的广阔天地！

2000年8月20日，北京

原载《中国律师》

刘秋海、陈氏兄妹、交警、《南方周末》系列讼案

案 情 简 介

1995年3月12日晚，陈某某驾驶摩托自翻于途。雷州市外经公司凯华食品厂厂长刘秋海与司机冯昌炳路经发现，送医院救治。

4月19日刘秋海公出该市，基于关心，电询陈某某情况。陈兄认为有机可乘，用好言稳住刘秋海，表示欲当面致谢；同时约亲戚电邀交警林某某"处理"，诬指刘撞伤陈某某后逃逸。林某某强行将刘秋海公司的"农夫车"扣押，交陈兄开走，后作出《道路交通事故责任认定书》，断定"冯昌炳（刘的单位司机）负此事故的全部责任"。《南方周末》记者经过调查采访，发表《做好事招来的横祸》。

不久，陈氏兄妹状告刘秋海赔偿损失。记者又发表《恶人先告状》。

刘秋海不服交警的《责任认定书》，提起行政诉讼。此后，交警、民警林某某及陈氏兄妹又分别状告《南方周末》名誉侵权。于是引发了四起民事诉讼与一件行政官司。记者在此期间发表了《追踪报道》、《叫他如何做好人》和《最新报通》等一系列文章，详尽地披露了问题的真相。不料行政诉讼以刘秋海的败诉而告终。判决的失误请参阅后附的《终审判决书辨析》。四起民事诉讼，《南方

周末》统统败诉,一审断言“侵权”成立。张思之等律师参与了二审诉讼的全过程,发表了四份《代理词》。

注:本案原告姓名及地址隐(编者)。

辩　护　词

陈氏兄妹诉《南方周末》名誉侵权案二审代理词

高院合议庭：

我们针对一审判决，结合被上诉方《答辩状》，就本案涉及的几个主要问题，发表以下见解——

一、一审判词以"查明"、"另查明"、"还查明"为导语，对案件涉及的问题下了断语，意图肯定事实经查已明；然而细查判词全文，虽在文字上花了心思，却因其立论不公又回避了重要情节和主要事实，只能说是或有查并不明，甚至歪曲了真相。因此，我们对一审判决从根本上持否定态度。

二、一个人所共知的道理：法院裁判的必须如实，与新闻报道的应当如实，有其各自不同的衡量尺度。对于后者，关键在于新闻的来源如实，而对它的法律要求则是主要新闻点的基本如实，语言上的要求是明快尖锐；而对于前者，那当然需要"以事实为根据"，乃至细节的真实，而在文字上则应严谨、周全，在此基础上方能下断语，作裁决，据以实现"生杀予夺"。

三、本案是因新闻报道的内容引出争议而产生的"名誉权"纷争。作为审判机关，为了查明事实，以便弄清是非，理所当然地应着眼于并着力于审查新闻报道的基本内容和它表现出的精神与主旨，审查它的新闻源是否客观存在抑或出之于主观臆测，不无遗憾的是，一审合议庭没能做到。

一审判决表明，他们查了上诉方发表的五篇文章，所“查明”的开头两篇，其内容反映出的重点是两个，即：(1)在文章报道的“3·12事件”中，刘秋海是否做了好事？(2)是否存在着“恶人先告状”的事实？

这两篇文章，用客观事实反映出刘秋海“3·12”救人一事的发生、发展及其如何演变成“横祸”的过程，报道了这个过程涉及的主要情节，其中隐约可见当事者双方的互相不同的品格。而所有这些，一审判词在“查明”的由头下竟然一语带过，实质问题，概不涉及，这是很不客观的。

刘秋海在“3·12事件”中的救人行为，当时在场的目击者秦达辉，现场协力救人的李文俭和陈子有，被救者被送往医院后帮助办理医疗手续的值班保安莫月军，以及当晚接触伤者的医生潘战、黄少伟，多人多次或直接或间接地予以肯定，相互一致，更何况还有《市人民医院住院病案》可证。记者对此作了反复查访，认为足堪认定，无可置辩。

救人义举之所以演变成“横祸”，有一个发展过程。源头起自人的贪欲。被上诉人陈某某“3·12”翻车住院，几个小时之内换了两个名字，最终登记为刘某某。其真实意图当时就已被人明察，黄少伟大夫的证词说得很中肯，他说：“估计是考虑药费报销问题乱报姓名的。”我们有理由认为，用别人的姓名登记就医，病愈出院时都不纠正，这在人格上是有重大瑕疵的。记者予以报道，既有助于提高人的素质，又有利于减少公费医疗上的弊端，一石二鸟，应属尽职。一审对此全然回避，没有道理。

还有一位大夫作证说，“如果陈某某认为自己可以获得赔偿的话，她完全没有必要这样做。”把换名与赔偿联系起来考察，是远见，事物的发展正是这样。陈某某果然提起了民事赔偿之诉，要求赔偿的数额包括美容费、伤残费共为15万元，当时的一审被告人是司机冯昌炳。

分析陈某某的诉状，可以得出一个结论：刘秋海的“横祸”之来，带有偶然性。-个明显的事实是：本案被上诉人早就看见了、知道了那辆所谓的“肇事车”上喷着车主“雷州凯华食品厂”的全称字样，那时如果就把“祸”嫁到刘秋海和食品厂头上，已经立案的交警支队只要按规定发个“协查通知”，问题大约也就解决了；然而时机尚未成熟，只能按兵不动，静待事态发展。

以后的情况是，刘秋海不幸中计“自投”，入人圈套。他 1995 年 4 月 19 日“自投”以后的情况，与本案无关的部分，将另案陈述。这里只着重说明一点：陈兄说，事发后，刘秋海多次与他通话，起初是问伤情，后来，“可能找到市里当官的撑腰了，……电话一通，立即恐吓辱骂我。”陈兄使用的语言的卑劣下流，不堪人耳，不便援引。这些都有他本人 1995 年 7 月 12 日写的书面材料可证，但却与陈某某的陈述截然不同。后者在 1995 年 11 月 23 日回答一审审判长的询问时这样说：“一个月左右，刘秋海打我哥哥的手机，我哥哥接到电话后由我亲自与刘秋海对话，刘第一句就问我伤势如何，好了没有，第二句就问我的记忆如何，是否还记得过去发生的事。我回答说，‘伤势差不多好了，但记忆已不好。’我与刘秋海的对话，……以上几句话记得非常清楚。”下面还有一段，是：“交警……认为该车撞我，过一个星期后，刘秋海打手机同我讲，‘只要你肯讲不是刘秋海的车撞你的，你出到十几二十万，我们会给你的。但有条件，要你登报，……内容是刘秋海救了你，不是开车撞你’，但我不同意，不要为了钱而埋没人格。”

我不想指出两人陈述的互相矛盾，只是想说，当事人分别编造的两段故事，统属虚构，而且是公然对政权机关扯谎，对善于说谎者的言辞不能也不应轻信，是我们的采证规则，应无疑义。自“3·12事件”始，到本案一审终结，历时近五年，被上诉方在本案涉及的一系列问题上，扯了多少谎，作了多少假，已达难以容忍的程度。一审对此明知，居然置若罔闻。相信二审对此会取审慎态度，

予以辨析，还事物以本来的面目。至于对于两个一贯扯谎者的人格该作出什么样的评价，这是极为浅显的道德准则问题，似无需详陈。

到了 1995 年 8 月，被上诉人得到了《事故责任重新认定决定书》，以为万事俱备，时机已到，于是 9 月起诉了。尽管《起诉状》从形式到内容都不符合规格，基层法院破格受理了，从而引发了《恶人先告状》那篇报道。

这篇报道已列为证据入卷。查其内容，主要是围绕"告状"，报道了相关的事实及其涉及的情节，说明原告人在主要问题上作了不实说词，反映基层法院的并不合法的做法。关于证据，报道不仅详述了莫家英的录音谈话内容，还举出了现场目击者秦达辉的证词，秦达辉用事实满怀激情地向世人宣告，原告的赔偿之诉实属黑白颠倒，他甘愿承担风险，出庭作证。作为新闻记者，面对这样的现实，认定这是善与恶的一次搏击，以《恶人先告状》命题，披露真相，何辜之有？不料，一审法院不这样看。该院判决书在"查明"的内容中，对于证据仅仅"查明"了莫家英的证言一节，其他的，都"顾左右"剔除了。但是，一审不提的，并非客观上没有；用这种办法袒护一方、加罪另一方，这哪里还有司法公正可言？

四、我们注意到，一审判决在以下三个问题上对报道作了严厉的指责，对此谨向二审合议庭逐项申明真相：

第一，关于陈某某与毒品的关系。在这个问题上，新闻源先后有七个方面，互相印证，应能得出肯定的结论，它们是——

1. 1994 年 6 月 13 日，公安人员在一间男女杂居的客房里查出了"白粉"，陈某某在场，未作申辩。

2. 陈不止一次自认，她常与吸毒、贩毒者在一起。

3. 陈的男友林某某交代说："陈某某每天都抽白粉，……我在香港给她买过五六次戒毒药，但她没戒掉。"

4. 陈家的一个邻居证："陈某某在合浦曾有个姓姚的姘头，外号叫跛仔，吸白粉。"

5. 莫某某的录音谈话说:"陈某某有吸毒行为。"并提出她住院开的处方中有戒毒药。

6. 黄某某医生证:陈住院时,"……一位年轻人来探望她,她将情况告诉说头疼,那位青年找我反映,并说道怀疑她吸白粉所以造成头疼。"

7. 一审判决认定,医院出具证明说,她住院期间使用过杜冷丁、非那根、冬眠灵,并说是治疗头痛的需要。我们注意到陈的病例有人改动,详查处方,又未见使用杜冷丁的记载。杜冷丁作为麻醉药物不是可以随意轻施的,其中有鬼,应能证明。

把以上七点互相联系,加以考察,作为新闻源,记者没有理由否定她与"毒品"有关系。加之明知她是公安局发出"协查通报"要求缉拿的疑犯,对此加以报道,是职责的所在,主观上决无毁人名誉的故意。

第二,卖淫一节与上情类似,分别来自与她非常亲近、至为密切的莫某某、林某某。他们提供情况时都说是"亲知",新闻来源应属可靠;联系到她本人自称"身带巨款",又长期没有正当职业,广东省公安厅广公(办)字(1998)113 号文件,明确提出"陈某某的化名叫阿玲",这无疑增加了它的可信度。总之,报道内容既不是出之于杜撰,也不是出之于编造,应请明察。

第三,关于绑架、勒索问题。

首应说明的是,陈某某对此有案在身。据深圳南山区院 1995 年刑一初字第 150 号判决的认定,"被告人林某某及其女友阿玲(陈某某,在逃)因怀疑被害人宋某指使高敏偷了阿玲的钱,故于 1995 年 1 月 4 日晚伙同余某等人……将宋抓住殴打,然后绑架……逼他交出所谓盗取之款"。林为此被判刑十二年。1994 年 5 月 21 日,"在逃"的陈某某被公安人员抓获拘留,公安局出具的文书上记载的案由分明是绑架勒索。这样的新闻源当然无可怀疑。一审判决说"案卷中没有任何材料反映陈某某有卖淫吸毒等

行为”,用一“等”字把绑架勒索吸收了。但是,“案卷中没有材料”,判词中“经审理查明”的上述事实据何而来呢?依据什么断定陈为“在逃”疑犯呢?一审判决的未能如实,而袒护有据,这又是一例。

其次是陈兄的情况。记者的报道内容,源于李某某和周某某等人的证词,源于一家外商独资企业“恒浩娱乐有限公司”的举报,他们历数被陈勒索的情况,非常具体;特别是还有代表雷州市政协处理“3·12事件”的蒋某某的证词,形象地揭示出陈对刘秋海的勒索:1995年4月22日午夜,陈还通过电话威胁刘秋海,扬言“你不给钱,你们就不可能安全离开该市,就是逃出了该市,也逃不出该区”!凡此件件有证可稽,记者只是做了客观报道而已。至于陈锡明的历史状况,记者作过调查,有证附卷,属善属恶,群众自有品评。证词不雅,不再复述,然而这些情况是极易审清查明得出准确判断的。总之,报道文章没有脱离实际,没有侵犯谁的名誉权。

五、一审的错判,根子在于荒谬的观点。判词说:卖淫、绑架、勒索“均系触犯我国法律的违法犯罪行为,公民是否触犯法律,应由司法机关裁决。……证人证言不能证实其报道内容属实”。被上诉方也以此作为一项重要的答辩理由提交二审法庭。鉴于这是一审和一方当事人的一个理论根据,故不得不作出辩驳。

姑且不论判词两段意思之间的逻辑混乱,要害在于:判词不能说明,哪个证人的哪项证言不能证实“报道”的哪点内容。研究判词的文义,似乎证人证言“不能证实”讼争问题的内容。如果此判有理,诉讼法中又何必把证言作为一种证据加以规范?一审合议庭对于许多证言不予置理,看来根源在此。证言既不能证实什么,质证何益?一切由“司法机关裁决”也就是了。但证据在诉讼中的异乎寻常的重要性世所公认。一审判词不是也用了很长的篇幅摘出了莫某某的录音谈话,并援引最高的司法解释,做了否定性的评判吗?关于莫的这份证据,是一审判断证据的核心,有必要提出以下两个问题请二审合议庭考虑:

第一，按照相关司法解释的要求，如不能满足一定的条件，录音谈话不可作为“诉讼证据”，这是问题的一个方面；另一方面，我们之所以提出莫家英的这份录音，意在表明新闻来源，意在证明报道内容源于客观反映。

第二，莫某某从不否认录音谈话内容的真实性。一审判决说，“该电话录音未征得莫某某的同意”，但这与录音内容的真实与否是两回事。如果一审认为其内容有假，那是应经调查尔后才能予以否定或者肯定的。现在的做法只解决了形式方面的问题，实质问题全然未得解决，如此判案怎能令人信服？

审判长，我们还不得不指出，被上诉人陈某某另有一些涉嫌违法的行为，在一审指责的《恶人先告状》、《刘秋海事件再追踪》等后续报道中也有披露，按照一些人的逻辑，也是事涉名誉，但一审判词却加以回避，合议庭并不审理，这岂非怪事？陈某某私藏枪支就是适例。枪，是公安人员从她身上查出来的，她此后在说明持枪理由时说，因“身带巨款，买枪防暴”。私买、私藏枪支，新刑法颁布以前，是罪名的一种，应当追究，法官当然熟知，对于这样的人应作出什么样的评价，能无公论?!

本报发表的《再追踪》中，记者报道了陈某某“负案在身，偷渡香港”的情节，陈对此保持沉默，没敢说侵犯了她的名誉权，于是一审判决来了个“不告不理”，代为遮掩了。然而一个不容回避的问题是：偷越边境，关押四月，而后强行遣返，这些行径难道不涉及公民的人格，难道不涉及当事者的名誉？媒体难道没有责任作出评价？

六、就有关事实、相关观点辨明真伪、是非之后，可以断言：报社发表的几篇报道，基本上没有主观性的描述，评论是客观的。只是由于“3·12 事件”涉及社会生活中的重大主题，涉及政治生活中的一些原则性问题，要求记者的报道不带感情色彩的议论，又是不现实的，也是不公正的。问题在于：那些报道并没有导致被上诉人

品德、声望的社会评价的降低,换句话说,不发生侵犯名誉权的问题。

被上诉人在答辩中提出了损害后果,借以表示侵权成立。但是,我们有足够的理由指出,这些所谓的损害后果,也是虚拟的。

陈某某指出,她因报道而失去了在深圳金星印务公司月工资5000元的工作。这是不真实的。她的职业状况,历次陈述互不一致,有的法院文书也在为她掩饰,陈某某提出的这个证明,从形式到内容都说明是份伪造的文书,更何况这家公司经查早已不复存在,这正好证明:陈某某与所谓的金星公司从来没有工作关系。

陈兄说,他因报道先失副总经理的职务,后又在人事局的干部考核中落选。法庭熟知我们的用人制度,试问哪一项干部任免的考核能单凭一份报道作出决断?既称“考核”,当然包括政治上、思想上、品德上的考查,一经考查就落了选,难道还不能说明问题?

陈某某提出,她因报道而被拘留十天,这是对真相的歪曲。广东省公安厅办公室广公(办)字(1998)113号文件中明确指出:“1996年5月中旬,陈某某因偷渡香港被港方遣返,南山区公安分局派员到深圳市收容站对陈执行刑事拘留。”这有案可查,怎么可以坚持作伪、嫁祸于人并以此索赔呢?

七、概括我们对一审判词中错误的批驳,可以得出以下的判断:一审没能全面审核证据,因而严重地歪曲了事实真相;一审没有全面、准确地使用法律、法规,因而搞错了问题的性质。二者结合起来,集中地表现为:滥用审判权,对诉讼作了极富随意性的自由裁量。一个众所周知、世人公认的法律原则:名誉权保护的首先是当事人的人格方面的利益。涉案人格有了重大缺陷,还侈谈什么保护涉案的名誉权呢?一审对此未能明察深究,由此引发的司法不公,比之个别官员的贪污受贿影响更为深远。

本案,刘秋海事件,原本简单,只是不幸被人为地复杂化了。

其特点则是，有人把好事居然演变成为坏事。在这个过程中，媒体只不过有限度地行使了舆论监督权，协助大众获得一点理应享有的知情权，借以分清是非善恶，净化风气，如此而已。可是我们享有与运用的权利在实实在在的治理权力面前真是太苍白了。我们眼看着一些官员凭借人民赋予的权力把一种虚拟的“坏事”推移到了极致，他们之间又存有千丝万缕的联系，并且形成为强力。我们也深知这种“力”的对比，之所以还要认真地、不厌其详地作出申辩，主要是希望合议庭终能理解，我们，我们的报道，在坚持什么，提倡什么；在反对什么，否定什么。作为人民的喉舌，我们的报道大体上反映了社会公德和人民利益。我们会有缺点，或者失误，但瑕不掩瑜，在上述的根本点上，从原则立场到具体工作，都经得住人民的检验，也将经得住历史的检验。唯其如此，一旦遇到逆流冲击，也就一定能坚守原则，半步不退。我们恳请严予考察，并给我们一个公道。

律师 张思之 傅可心

2000年3月21日

刘某某诉《南方周末》名誉侵权案二审代理词

高院合议庭：

一审判决书，在基本点上违背了“以事实为根据，以法律为准绳”的审判原则，对上诉方发表的几篇报道，运用极不公正的手法，加以曲解，作出了错误的判决，我们将依靠事实，就其主要观点，予以批驳，并请二审予以撤销。

一、本案的关键在于，对涉讼报道中所说“陈某某的医疗费5 500余元（是否）已由刘某某拿回单位报销”一语，应如何理解与

评判。对此,应把握住以下几个环节——

1. 陈某某住院治病十五天,病案与处方上都用刘某某之名。

2. 刘某某是陈的姐夫,自始明知陈某某的上述违规、违纪、违法做法,他经常去医院探视足以证明。

3. 陈某某在医疗期间用刘的姓名贯彻始终,出院时不改,显然是为了达到由刘某某报销医疗费的目标。对此"路人皆知",黄某某大夫的证言就有恰如其分的说明;刘某某作为税务干部,这点应属明知。

4. 写有刘某某姓名的医院报销凭证,一出院门,不论由谁持有,只能由刘某某使用、处分,刘某某对此当然清清楚楚。一审已经查明,该凭证不但早已"拿回",到了意图报销或者可以报销的公民手中,而且一直保存到起诉。不为报销,何故保存?

5. 既为报销,"拿回"之后,自然得寻找"单位",报道依据新闻来源提供的情况,说的只是"拿回单位",并没有断言会拿回本单位报销。刘是男性,本单位人所共知,而医案凭证上的刘某某分明是女性,这是当事者无能跨越的障碍,也是这笔 5 500 余元医疗费无法拿到"本单位"或者一时未报的谜底。

由这五个环节,形成为一个确凿无疑的证据链,从中可以看出,刘某某确有参与陈某某意图骗取医疗公费的行为。那篇报道的新闻源没有可以指摘之处。至于刘某某本人当时的心态怎样,出于哪种考虑,那是另一回事,报道未作探究。

刘某某的观点是,反正我没拿回本单位报销,而且有证可据,报道的说法失真,就是侵权。

这种观点似是而实非。众所周知,新闻报道的内容不仅有时间性,而且有阶段性。比方说,有人把假发票弄到了手,目的当然是为了报销,此事如事关社会公益或有某种价值,记者报道了;但由于种种缘由,假发票在记者写文章的当时还没有报销,人们能说

记者报道说某人弄到假发票报销违背了客观真实吗？显然不能！新闻媒体就某一事件之所以要作出后续或追踪，不正是由于新闻报道的"阶段性"可能发生的一时的不足或缺陷吗？

总而言之，没有报销，不能抹煞将标有假名的凭证"拿回"这个基本事实。没有报销，不能抹煞寻机或待机报销的动机目的。我们的报道，没有侵犯谁的名誉权！

二、一审判词超过了原告人诉求的主张，违反世所公认的民事诉讼"不告不理"原则，违反我《民法通则》第十三条的精神，公然代替当事人一方，指责本报编发的《刘秋海事件再追踪》(1998.3.13)和《"刘秋海事件"最新报道》(1998.4.14)的内容失真，构成侵权。作为中院，如此执法，令人震惊。应当指出，由于这都不是起诉状的内容，原告人无此主张，因而一审中也没有就相关的事实进行质证，我们当时作为被告方更不可能作出答辩，这无疑在实际上剥夺了我们一方的一系列的诉讼权利。如此执法，哪有严肃、郑重可言，如此审案，谈得上什么公平与公正！

三、为了便于二审纠正一审的错误，再就一审判词指出的两篇报道的失实各点，予以申辩，请予明察。

1. 关于"刘某某何许人也？"报道的内容仅有一句作答，是：陈某某姐夫，税务所干部。这既不失真，又无贬义，侵了谁的什么权呢？

2. 关于刘某某的起诉。报道几乎是全文引出起诉状，只是针对陈某某对医疗费的处置，认为刘某某明知其目的，曾说："相信刘某某心里比谁都清楚。"记者如是"相信"，难道不对吗？这与"名誉权"又有什么关系？

3. 比较容易令人受惑的，是一审判词引用的这段话，即：刘某某"向本报索要 23 万元的官位损失费"，"指控本报报道使他丧失官位，则纯属讹诈"。

是的，报道中确有这些言辞。但那前半句来自原告人的起诉

状，后半句有市税务局局长即刘某某的上级的证言在卷可供参照，又有哪一点出自记者的杜撰呢？

也许刘某某认为"纯属讹诈"太过刺激，不能接受。对于这种心态，可以体谅，但有必要说明：报道讲的那种行为"纯属讹诈"，不是刑法上的诈骗，不是民法中的欺诈，这里指的是行为方式表现的道德观念或思想品质的一种反映。具有权威性的辞典对于"讹诈"的释义是："假借某种理由威胁别人索要财物。"这不恰好适用于本案吗？报道所说，语不中听，却不失实，决无侵权的故意是明明白白的。倒是我们作为当事人的诉讼权利，在一些重要环节上被一审剥夺得一干二净，又是清清楚楚的。

四、刘某某的诉状并不涉及本报1995年10月27日刊发的《做好事招来横祸》那篇著名的报道，但一审判决在他"经审理查明"事项的开头就醒目地提出来了。问题在于，在这点上，一审的"判"法可又有别于代刘某某主张权利而提出的那两篇，取其所需，逐条引证，这里仅止于一笔带过，按下不表。这又是为什么呢？陈某某假刘某某姓名拿到"医疗费凭证"不正是始于刘秋海的"做好事"吗？对此即或硬要否定，又为什么不像对待其他两文一样地条分缕析逐项批驳？袒护什么，否定什么，真可以说是昭然若揭了。

五、一审判决对于我们主张的证据，判词中只提了一项，即："报道来源于陈某某之兄的前妻莫某某给刘秋海打电话的电话录音。"这种说法有违真实。我们报道的新闻源何止于三项五项，何止于莫某某的一次录音谈话！

至于莫的录音谈话，重复地说：即使一份录音谈话因不能满足法定的条件而不应作为"诉讼证据"，但这决不等于说，录音谈话的内容就因此而不真实。这是一份涉及重要内容的谈话，作为一审合议庭，不是正应按照最高的相关要求进行调查核实吗？未经核实，断然否定，这不是郑重的态度，恳请二审补救。

六、本案案情极其简单，背景却又相当复杂，至盼二审能够严

肃执法,使"天平"不致倾斜。

北京市吴栾赵阎律师事务所
张思之
2000年3月21日于南宁

交警支队诉《南方周末》侵犯名誉权案二审代理词

合议庭:

我们作为《南方周末》的委托代理人,就中级法院一审判决认定《南方周末》发表的《作好事招来的横祸》、《恶人先告状》、《只手岂能遮天》、《恶人又告状》、《评"刘秋海事件"》、《"刘秋海事件"最新报道》六篇文章侵犯交警支队"名誉权",判决《南方周末》刊登道歉声明并赔偿交警支队"名誉损失费"2万元,发表以下意见,说明一审判决是完全错误的。

一、交警支队作为行使行政权力的行政机关,不享有民法规定的名誉权,它所提起的名誉权之诉既没有实体法上的依据,也不属于民事诉讼法所管辖的范围。对此,从以下四个方面具体说明:

1. 民法调整的是平等主体之间的财产关系和人身关系。这是民法的本质特征。

根据民法的这一本质,行政机关作为国家意志的执行机构,只有当它以自己所领得的一定经费,从事交易活动而形成的民事法律关系中,才具有民事主体的地位。行政机关以国家拨给的行政经费作为它行使行政职权的费用,而只有当它以此经费作为支付手段,从事与机关活动所必须的商品交换的时候,它才处在民事法律关系当中,享有民事权利,承担民事义务,与交易的对方处于平等地位。

这就是说,行政机关只可能在一定范围内与公民、法人和其他经济组织发生平等的财产关系,但它在任何情况下都不可能与上

述社会生活参与者发生平等的人身关系。这是由行政机关的性质决定的。

脱离开平等的财产关系，行政机关就不是民法上的权利主体，它因为行使行政权利而与公民和其他法人、组织所发生的关系，不是民事法律关系，不是民法所调整的对象，因此，行政机关的民事权利能力是法定的，也是有限的，它不能从事法律规定之外的任何经营性活动，它也不享有专属于自然人和其他法人的民事权利能力。

行政机关在从事与它的行政职能相关的社会管理活动中，在行使行政权力时，与公民和其他法人、组织的地位是不平等的。一方面，他们之间是管理与被管理的关系，对于行政机关的行政行为，相关的公民、法人必须接受。没有选择的余地，因此，行政机关必须依法行政；另一方面，中华人民共和国行政机关的权力来自人民，它必须服务于人民并接受人民的监督；而人民批评、监督行政机关的权利受到基本法的保护。我国宪法明确规定：中华人民共和国的公民对于任何国家机关和国家工作人员，有提出批评和建议的权利。舆论监督就是行使这项宪法权利的重要方式。

因此，对国家行政机关的批评，不论批评的内容是否准确，即使不对、过火甚至有错误，行政机关都不能依民法提出名誉权诉讼。

2. 民事诉讼法的适用范围是：公民之间、法人之间、其他组织之间以及他们相互之间因财产关系和人身关系提起的民事诉讼。即必须是基于民事法律关系而发生的纠纷争议，当事人才能提起民事诉讼。

名誉权属于民法上的人身权范畴。如前所述，行政机关与公民、法人和其他经济组织之间，不存在平等的人身关系，因此，它也不享有民法所规定的人身权。它不仅不享有专属于公民的姓名权、肖像权、生命权、健康权等民事权利，也不享有法人享有的名称权、荣誉权和名誉权。

总之，行政机关提起的名誉侵权之诉，不能成立。

3. 行政机关没有要求名誉侵权赔偿的法律基础。

民事权益的存在，是民法保护的前提。

公民的名誉包括公民品质、能力、信誉及社会地位等各方面的社会评价。企业法人是为从事营利性活动而成，它的名誉主要是它的商业信誉、资产经营、工作成果等方面的社会评价。对公民的名誉权的侵犯，可能导致公民的精神痛苦和财产损失，对企业法人的名誉权的侵犯，可能导致企业法人的财产损失。这正是民法保护公民和企业法人名誉权的民法性质。

行政机关以国家政权为基础，以行使行政权力为目的，它既不能从事任何经营性活动，没有经济利益要实现。行政机关是国家政权的执行机构，在其行使行政权力的活动中，如前所说，它与社会其他成员的地位是不平等的。行政机关的行为、政策、措施、能力，不同社会层而有不同评价，甚至每一个人的评价都会不同。而社会对行政机关的任何形式的社会评价，既不会引起它的精神痛苦，也不可能够导致它有任何财产损失，更不会妨碍它继续行使权力，因此，政府行政机关对公民法人和其他组织提起名誉权诉讼是没有法律依据的。

4. 对行政机关的批评，并不导致民事责任的发生。

侵权的民事责任的成立，需要同时具备四个条件，即：侵权行为、主观过错、损害后果以及侵权行为与损害后果之间的因果关系。民事赔偿，必须以民事权益损害结果的存在为前提。对公民个人来说，名誉侵权应当有精神损害或财产损失的事实存在，对法人来说，应当是商业信誉的损害导致的财产损失的存在。没有民事权益的损害结果，就没有民事责任的承担。这是民事责任的基本原理。

任何一个行政机关，即使有假设的"好"名誉，也不可能获得一致"好"的社会评价。对任何行政机关的施政行为，其社会评价都会是毁誉不一的，这是客观规律也是社会现实；而不论这种评价是

"毁"是"誉",都不引起行政机关民事权益的增加或损失,因此,行政机关要求所谓名誉侵权的民事赔偿,根本不能成立。

行政机关提起名誉权侵权诉讼,只有一个目的和可能发生的后果,即借以限制或剥夺公民批评政府机关的政治权利。由此所导致的"民事判决",则肯定是错误的。

根据民法的规定,侵权赔偿包括两个方面,一是对精神损失的赔偿,二是对经济损失的赔偿;而中级法院的一审判决中,对判令《南方周末》支付给交警支队的2万元,有两个说法,其一是"精神损失费",其二是"名誉损失费",一审法院想要用这两个不同的说法表明何种法律概念?众所周知,"精神损失"是对公民因侵权行为而导致的精神痛苦的民事赔偿制度,根据最高法院1993年《关于审理名誉权案件若干问题的解释》第十条规定,精神损失的赔偿显然仅限于公民。中级法院根据什么判定交警支队有价值2万元的精神痛苦?又为什么不依法判决而故意含糊其辞?

我们还要问:这2万元所谓的"名誉损失赔偿费",交警队将如何处置?是作为国家的收入上缴国库呢,还是由交警队私分?

综上所述,由于中级法院对本案的受理及审理完全背离了民法和民事诉讼法的原则,其判决结果必定是荒谬的。

二、中级法院认定的所谓"侵权事实"也是不能成立的。

1. 一审判决认定侵权的《恶人先告状》一文中,涉及交警支队的文字只有一处,即"事实上,交警作出的责任认定书是非法的,一方面因为其大大超越了法定的受理期限,另一方面,被告一方无一人在场,同时《车辆痕迹检验意见书》也是非法的,因为其同样超越了法定期限,而且是在被告一方不在场的情况下提取的"。这段文字,对交警队"违法"的理由表述的很清楚,而且全部都是事实,有这样的事实存在,说交警队"违法"有什么错?怎么会构成侵权呢?这是其一。其二,抛开交警队一系列的违法事实不论,任何公民指摘行政机关的具体行政行为"违法",即使没有事实根据,也不可能

对行政机关构成“侵权”。这是公民的基本政治权利。公民不仅可以认为行政机关的行为非法，而且有权以此为理由对行政机关提起行政诉讼，不论诉讼的结果如何，均不可能构成对行政机关的“侵权”。其三，因为行政机关是以纳税人的赋税为基础而存在，行使社会公权，因此，不仅行政行为的相对人有权主张行政行为非法，而且任何公民都有权就某一具体行政行为是否合法发表意见，不论该行为的相对人是否提起行政诉讼，也不论诉讼的结果如何，都有权坚持自己的意见。

行政机关以行政诉讼的判决为前提，提出所谓“名誉权”诉讼不仅没有民法上的依据，而且是公然企图以行政权力剥夺公民批评政府的基本权利的行为，违法宪法，侵犯基本人权，极其荒谬。

2．一审判决认定《恶人先告状》侵权的另一处文字是：“……彭部长……透露，××公安，尤其是交警的确存在许多问题，市里正准备着手加以整顿。”

首先，我们必须指出，一审判决将此段文字概括成“原告内部有许多问题”，歪曲了原文的意思；其次，我们认为，不论彭某某是否承认说过此话，或者是别人甚至记者本人认为如此，都不构成对交警队的“侵权”。抛开报道本身揭露的交警在刘秋海事件中的一系列违法行为，说公安、交警存在不少问题，难道不是社会现实吗？难道在中央政府都将反腐败作为重要任务的今天，公安、交警一点问题都没有吗？谁能作这样的担保？被上诉方的代理人，在法庭上也不得不承认这段文字的内容，不构成侵权，而一审法院竟将这样的文字也判定为“侵权”，究竟想要达到什么目的呢？

3．一审认定《只手岂能遮天》关于林某某的上级领导对林的违法行为“无动于衷”，没有证据证实，构成侵权。我们认为，林某某的一系列违法行为是客观事实，而交警队的领导对此不仅仅是“无动于衷”，而且是知错护错：明知林某某没有处理道路交通事故

的资格，而纵容林某某接受私人邀请，处理"交通肇事逃逸"案件；而且交警队直接从事了一系列非法作为，包括接受陈兄假报案材料，超期扣押刘秋海车辆，不对事故现场进行勘验，不在法定事件内作出责任认定书，等等。一审法院认为"无动于衷"的批评没有证据证明，请问还要什么证据？

4. 一审判决认定《作好事招来的横祸》一文所说"交警我行我素，继续以刘秋海肇事逃逸为名将刘价值16万元的车辆扣留至今，且不断虚构情节以掩饰自己的错误"，没有证据证明，构成侵权。但是，交警以"交通肇事逃逸"为名，超期限扣押刘秋海的车辆是不争的事实；而交警队自称"3·12"事故已按交通肇事逃逸立案，但在明知肇事车辆所有人的情况下，在长达一个多月的时间里，不采取任何调查措施，所谓"交通肇事逃逸已经立案"，不是谎言是什么？

5. 被上诉方举证侵权的《刘秋海事件再追踪》、《法庭上喊打喊杀》两篇文章，没有任何内容涉及交警支队，因此，不可能对交警支队构成"侵权"。

6. 一审判决认定侵权的《刘秋海事件最新报道》一文，是对公开审理案件的纪实报道，如实引述诉讼参加人在法庭上的发言，依法不构成名誉侵权。

综上所陈，一审判决《南方周末》报社侵犯交警支队的"名誉权"既没有法律依据，也没有事实根据，是错误的，应当予以彻底纠正。

《南方周末》报社委托代理人
北京吴栾赵阎律师事务所
张思之　律师
傅可心　律师
2000年3月23日

交警林某某诉《南方周末》名誉侵权案二审代理词

高院合议庭:

本案的关键在于:林某某是否具有合法资格,按照法定程序,查处了"刘秋海肇事逃逸"后的"4·19事件"中涉及的问题。一审判决歪曲事实真相,作出了错误的判决。先向法庭陈明以下事实:

一、据林某某说,他在"4·19"执行公务之始,先给"事故科"打了电话,想请他们出面处理,偏偏因占线而未通,意在说明他的行为事出有因,合理有据。可是,第一,这恰恰说明,他明知处理"肇事逃逸"事故,只有事故科的有关人员才有资格,而他本人并不具备这种资格;第二,电话占线,说明那里有人值班,那又为什么不稍等片刻?我们将在下面说明情况又决非十万火急,不容稍缓。

林某某明知没有资格处理的事故,越权处理了,违了法,从而迈出了错误的第一步。报道说明了实际情况,错在哪里了呢?

二、由于林某某不具有处理案中事故的资格,当然也就不会有相应的法定资格证件出示。报道在说明其中的违法情节之后,一审判词居然替林遮丑,向大众打了"马虎眼",笼而统之地说什么林出示了"证件"。什么证件?没敢实指。此后有家报纸说,是"警官证"。可是,即使确实出示了"警官证",依然属于违法行政。公安部1993年第三十号文件,要求处理这类事故必须持有"道路交通事故处理证",而且必须公开出示,并且不得用工作证之类的身份证明所替代。还应说明:取得这种"处理证",必须具备法定的条件,而林国兴是并不具备的。一审判决为了袒护一方的目的,判定林的行为"经请示(并得到了)大队长的同意"。似乎有人"同意"便等同于履行了法定手续。这种说法当然错误。须知:谁同意,谁违法。因为他同意的是"违法行政"!直截了当地说,大队长的这种同意,根本没有法律上的效力;可是,由此开始,人们把林某某个人

的违法行政变成了某一组织的违法行政从而使错误有了更为严重的性质。

三、我们的报道披露，林某某是应友人私下邀请，身着便装，在业余时间，按友人的指引前去办事，这三种情形集中地表明：林某某利用警察身份把公务当作私事做了随意的处置。按照公安部《关于警风、警容的若干规定》，执行公务，就必须穿警服，不得着便装；着便装办事就不是执行公务。对此没有含糊的余地。一审判词肯定了林某某的辩解，认定：林接到报告，“去晚了恐该车离去，身着便装立即前往”。分明以“事急”为借口，歪曲真相。林的违法行政由此又得到了一审审判机关的认同，从而具有了更为严重的性质。可是，据知交警前此早已知道该车的归属，“3·12”或“3·19”或“3·21”报案至此或超或近一月，连发个“协查通报”请当地交警协查都没做，能说事急么？肇事逃逸，不是一般事故，怎么可以“按兵不动”，经月不查不理？一旦有人自投，中了圈套，才“恐该车离去”，说得通么？一审对此既不否认，那又为什么不判定违法行政？有人利用《警察法》第十九条，说：“人民警察在非工作时间，遇有其职责范围内的紧急情况，应当履行职责。”可是，结合本案援引适用该第十九条，必须注意两个前提：(一)事件早已立案，非紧急情况；(二)所谓肇事者早已逃逸，按“职责范围”，林某某无权处理。关于“职责”，又不能不适用该《警察法》第六条的规定，即警察履行职责“必须按照职责分工”实施。因此，如硬要套用《警察法》，恰恰证明林的前述行为违法。

四、关于对涉嫌车辆作“暂扣处理”，以及一审认定的在林的“监督下将车交由陈兄开至交警大队院内保管”等情，不是掩盖真相，就是回避关键，因而有必要说明以下三点：

第一，对“肇事车”，一审认定林某某做到了“现场查看”。可是，《道路交通事故处理办法》的要求明明是“勘察（非查看）现场，收集证据”（第八条），并及时“检验或者鉴定”（第十一条）。不仅如

此，公安部颁布实施的《道路交通事故处理程序规定》对勘查更有一系列的明确要求，其中包括应有在场的当事人在勘查材料上签字（该《规定》第十七条）。而一审同意的林某某的“查看”却是主观随意性的，一审判决距法定要求不是太远了吗？

第二，让陈兄把车开到交警大队“保管”。这无疑是林某某作决定，陈兄去执行。交警与当事者一方如此配合办案，能认为是合理、合法的吗？一审所说的“监督”，饰词而已，实际上决无此事。林某某说，当时只有陈一人有驾驶证，所以才如此处理。这显然不对。司机张志耀难道没有驾驶证？刘秋海的驾驶证难道不算数？特别重要的是：当时，车究竟开到何处去了？交给谁了？如此重要的证物为什么没有一点正式的书面接交手续？证据表明，林某某对《人民日报》记者说，车已交大队的卓文同志封存，然而卓文同志断然否认此说，如此虚构实情，又是为了什么呢？

第三，既然是“现场查看”，而且扣车作为物证，以便日后处理，那又为什么不按《道路交通事故处理程序规定》第十六条的精神，对陈某某“3·12”翻车出事的那辆摩托车也作为证物采取保全措施，难道这是疏忽？一审对此又为何不按法定的要求也作出判断呢？

总之，林某某当时的行为在一系列环节上几乎没有一处合法，如此严重的违法行政，记者怎能隐恶不报？报道涉及的这些内容切中了林某某错误的要害，没有哪一点有违真实，不发生侵权问题，但却被一审所曲解，我们对一审判决断然否定，有法可依。

五、林某某指责报道说的“陈兄伙同一般‘烂仔’将刘秋海及司机殴打致重伤”与实际不符。一审断言我们的报道“无证据证实”。这里应申明以下几点：

第一，刘秋海被打伤，有法医诊断为凭，足能证实。另有蒋大舜的证言可作旁证。

第二，尽管林某某与其他当事者否认当场打人的事实，有一些

单位、有的报纸也极力为之遮掩,他们说法之间的不够协调又恰能说明问题的所在。广西的一家报纸对现场情况写得很轻松,说林"见到几个人在吵吵嚷嚷,(他才)向刘秋海出示了警官证"。就算是"吵吵嚷嚷"吧,所为何事呢?作为处理事故的交警为什么不问清楚呢?北京一家权威性很高的报纸变了个说法,讲林见一些人在"互相吵打"。所谓互相,显然是说陈兄等人在吵中也挨了打。且不说现场的力量对比,陈等人如果真的被打,他们怎么连一份伤情诊断都做不出?遍查全案材料,陈等一直没有主张过他曾被刘打过的情况。据此,我们只能说,刘秋海被打属实。当时林正在现场,却对被打者未实施任何救助,对打人者未采取任何限制措施,这难道是人民警察应持的态度?对于这样不正常的情况,记者报道,媒体披露,无非是利于改正,以儆效尤,怎能说是侵权?

林某某侈谈报道侵权给他带来了什么"损害后果"。侵权不存,"后果"自属虚构。退一步说,即使报道存有缺陷,这与他讲的"后果"诸如家庭和美或者不和,有什么因果关系?说"交警形象"因此受损,我们以为关键在于交警是否违法行政,被批评之后又持什么态度,而决不在批评本身,此理甚明。至于对方律师举庞强、陈荣宽的证言,企图说明林在报道发表之后,确实受到了损害,已是判若两人。可是,这两份证言因其内容虚假而与林某某1996年之初填写的1995年度考核登记表中的自述恰成鲜明对照,林说:"9月下旬,领导安排我到刚组建的福成中队工作,对福成这个边远、人们交通意识较淡漠的地方进行了声势浩大的交通法规宣传,对福成辖区的交通进行了大力整顿,取得了明显效果。总之,不管自己在哪一组,做什么,我与其他干警都相互尊重,团结协作,出色完成领导交给的各项任务。"这段自述,反映出与当地群众的融洽关系,说明与同志之间的团结、协作与互相尊重,因而出色地完成了任务。报道给他带来的极大损害请问表现在哪里呢?所举的庞、陈两证都假,决无可疑。

诚然，报道中或有过激言辞；但是，媒体要求公务员与对待公民不能相同，应有更高标准。公务员手握纳税人赋予的权力，应当提高操守，严肃执法。关于这一层，林某某在他的年度考核登记表中明确写道："交通管理工作是项法规性、政策性很强的工作。"证明他很清楚，可为什么在行动中不照此办理呢？公务员在执法上可以"随心所欲"，能行吗？一旦因执行不力或出现问题而受到批评，无疑应实行"有则改之，无则加勉"的原则，这是我们的常规常理，难道还有疑义？

我们的报道和媒体会有缺点，会有失误。对此谨诚挚地接受各方面的监督、批评，我们将力争做得更好，不辜负全国读者、人民大众的厚望。

请合议庭严格审查我们的观点，相信法官们终能做出正确的裁决。

律师 张思之 傅可心

2000 年 3 月 22 日

诉 讼 文 书

刘秋海诉交警大队违法行政案终审判决书(摘要)

上诉人(原审原告)广东省雷州市外经公司凯华食品厂(以下简称凯华食品厂)。

法定代表人刘秋海,厂长。

上诉人(原审原告)刘秋海,男,三十四岁,广东省雷州市人。

上诉人(原审原告)冯昌炳,男,五十一岁,广东省雷州市人,

司机。

被上诉人(原审被告)广西壮族自治区某交警大队(以下简称交警大队)。

上诉人因道路交通管理行政强制纠纷一案,不服市法院行政判决,向本院提起上诉。现已审理终结。

原审判决认定,1995 年 3 月 12 日晚上 7 点钟左右,陈某某驾驶广西 05-17873 号"速飞乐"两轮摩托车行至市南北大道高德叉路口青少年宫对面公路处,被同方向行驶的广东 26-01150 号"农夫车"碰撞倒地,造成人伤车损。区交警大队根据伤者亲属的报案并发觉广东 26-01150 号"农夫车"前面有碰撞损坏的痕迹,以该车是 1995 年 3 月 12 日晚肇事嫌疑车为由,对该车及该车的行驶证作出暂扣待查的决定正确合法。原告请求撤销被告的暂扣待查决定并赔偿经济损失的理由不成立。据此作出判决:一、维持被告区交警大队于 1995 年 4 月 19 日作出的暂扣凭证决定;二、驳回原告请求赔偿 13

万元的诉讼请求。

上诉人上诉称：一审判决认定事实不清，违反法定程序，所作判决错误。该案是一宗假案。主要理由是：(一)扣押上诉人的车辆程序不合法。干警林某某身着便装、未出示证件而扣押了上诉人的汽车，并将扣押的车辆交给陈某某的哥哥陈兄保管；林某某扣车时没有当场收集证据、进行勘验或作证据保全；(二)被上诉人认定上诉人的汽车是交通事故肇事车，没有事实根据。上诉人的汽车在被暂扣时，根本无任何与所谓摩托车碰撞的痕迹，而是被上诉人扣车后做手脚以强加于人。一审判决把未经双方当事人质证的鉴定结论及不具有法律效力的检验结论作为认定上诉人的汽车与陈某某的摩托车相撞的证据不合法。(三)上诉人对证人陈某某的道德品质有怀疑，请求二审法院予以审查，以作为案件分析的部分依据。据此要求撤销一审判决，确认被上诉人扣车的行为是违法的，并责令其赔偿由此造成的损失。

经审理查明，1995 年 3 月 19 日，被上诉人区交警大队接到陈兄的口头报案，陈述其妹陈某某于同年 3 月 12 日晚 7 点 30 分左右驾驶一辆摩托车行至市高德亚叉岭交叉路口处，被一辆从背后驶来的汽车撞翻在地，造成车损人伤。肇事车为一辆 1.25 吨白色“农夫车”。肇事者将其妹送到市人民医院抢救，在交纳了 600 元押金后驾车逃离，请求被上诉人追查肇事者。3 月 21 日，陈兄按照被上诉人的要求，送交了一份书面报案材料，被上诉人将该材料立案在卷。同年 4 月 19 日下午 6 时许，正在家中吃饭的交警大队民警林某某接到陈某某亲戚廖某某的报告，说 3 月 12 日晚撞伤陈某某的汽车停放在森美大院内，请求马上前去处理，去晚了恐该车又会离去。林某某遂身着便装立即前往。在那里见到了陈兄等人指认的肇事车辆及被指认的肇事者刘秋海。林某某向刘秋海出示了证件，说明来意，并现场查看被指认的车辆，发现该车前部有被碰撞的痕迹。经电话请示当时的交警大队领导莫某某同意，林某

某当场开具暂扣凭证给刘秋海，以肇事逃逸待查为由，将广东农夫车及该车行驶证作暂扣处理，然后将暂扣车辆存放于被上诉人院内保管。5月23日，被上诉人委托市公安局对被扣车辆及陈某某当时驾驶的摩托车的碰撞痕迹进行检验。次日又提取两车碰撞痕迹处的遗留物送广西大学工业测试中心进行鉴定，并制作了提取笔录。5月29日被上诉人根据检验结论和鉴定结论作出事故责任认定书，认定农夫车为肇事车辆，司机冯昌炳负事故的全部责任。冯昌炳申请重新认定。8月6日，市公安局交通警察支队维持了被上诉人作出的事故责任认定。9月26日，陈某某在向市区人民法院提起民事诉讼后即申请诉讼保全。1996年1月15日，刘秋海、冯昌炳向法院提起行政诉讼并同时请求赔偿扣车造成的损失13万元。但未能举出具体证据。二审期间，刘秋海列举其本人因此案所受的经济损失有购车费、银行利息及营运损失费、医药费、上访费、诉讼活动费用、请求新闻单位支持等费用，总数为95万余元，亦未提供具体证据。

以上事实，有陈兄的书面报案材料，被上诉人的道路交通事故报案、立案登记表，证人林某某、莫某某、陈某某、廖某某的证言，市公安局作出的车辆痕迹检验意见书，广西大学工业测试实验中心的检验报告，被上诉人作出的交通事故责任认定书和调解终结决定书，市公安局交警支队作出的道路交通事故责任重新认定书，上诉人提供的企业法人营业执照副本，以及当事人的陈述等证据证实。

本院认为，本案属行政诉讼，根据《中华人民共和国行政诉讼法》第五条和最高人民法院、公安部《关于处理道路交通事故案件有关问题的通知》第四条的规定，本案仅就被上诉人暂扣上诉人车辆及其行驶证的具体行政行为的合法性进行审查。被上诉人作出的道路交通事故责任认定正确与否不在本案审查范围之内，本院不予审查。根据国务院《道路交通事故处理办法》第十二条第一款

关于对肇事嫌疑车及其车牌、行驶证等公安交通主管部门有权予以暂扣审查的规定,被上诉人根据交通事故受害人陈某某及其亲属的报案和指证,以及经查看发现广东 26－01150 号农夫车确有碰撞痕迹和上诉人刘秋海、冯昌炳亦承认 3 月 12 日晚曾驾驶该车到过事故发生地的事实,将该车认定为肇事嫌疑车,对该车及其行驶证采取暂扣措施,以待调查处理,这一具体行政行为符合法律规定。被上诉人的工作人员林某某扣押车辆及其行驶证前经领导批准同意,扣车时出示了执行公务证及当场开具暂扣凭证均有证据证实,其扣车、扣证属执行公务的合法行为。被上诉人所使用的暂扣凭证亦合法有效。上诉人上诉称被上诉人制造假案违法扣车并对被扣车辆作手脚以及将被扣车辆交陈兄保管均无事实根据。被上诉人扣车后将车辆存放于本单位院内保管,根据检验、鉴定的需要,依法办理了延期扣车审批手续,并于 5 月 29 日作出事故责任认定,符合公安部《道路交通事故处理程序规定》第二十条的规定。上诉人关于审查交通事故受害人陈某某的道德品质以作为分析本案部分依据的请求于法无据,显属无理。本院对此予以驳回。一审法院在审理中涉及了交通事故责任认定是否正确的问题超出了本案的审查范围实属不妥,判决主文未能认定被上诉人有超期扣车的违法行为,而对被上诉人暂扣车辆及其行驶证的整个行为都予维持则属认定事实有误,本院依法予以改判。根据《中华人民共和国行政诉讼法》第五条和第六十一条第(三)项的规定,经本院审判委员会讨论决定,判决如下:

一、撤销市中级人民法院(1996)行初字第二号行政判决第一项;

二、确认被上诉人区交警大队从 1995 年 4 月 19 日至 9 月 13 日暂扣上诉人的车辆及其行驶证的具体行政行为合法;确认被上诉人区交警大队从 1995 年 9 月 14 日至 9 月 29 日暂扣上诉人的车辆及其行驶证的具体行政行为违法;

三、维持市中级人民法院(1996)行初字第二号行政判决第二项,即驳回上诉人要求被上诉人赔偿损失的诉讼请求。

一、二审案件受理费各4010元,合计8020元,由上诉人共同承担7218元,被上诉人区交警大队承担802元。

本判决为终审判决。

1999年1月18日

中级法院民事判决书(摘要)

原告陈某某,女,汉族,居民。(地址略)。

原告陈某某(又名陈某某),男。(地址略)。

被告《南方周末》报社。

负责人江艺平,该报社主编。

被告朱德付,《南方周末》报社记者。

原告陈某某、陈兄与被告侵害名誉权纠纷一案,现已审理终结。

原告诉称,1995年10月27日被告朱德付以《南方周末》报记者身份,对在1995年3月12日发生于广西某市辖区的刘秋海交通肇事损害赔偿一案进行报道,撰文为《做好事招来的横祸》。同年12月8日对该案进行跟踪报道,撰写《恶人先告状——〈做好事招来的横祸〉续篇》。其中在《恶人先告状》中,被告把原告陈兄描写成一位“一直从事敲诈勒索的勾当”、曾受到过公安机关收容审查的“当地臭名昭著的恶势力分子”。而原告陈某某则被描写成一位以卖淫为业,与黑社会分子狼狈为奸从事敲诈勒索勾当,并曾携带手枪与香港黑社会分子从事绑架勒索活动后畏罪潜逃的有吸毒行为的罪大恶极的犯罪分子等。被告故意捏造虚假事实,对原告进行侮辱、诽谤,致使原告失去了做人的尊严,不能正常工作、生活,造成原告陈兄失去了晋升为公司副总经理职务的机会和考取

了县人事局招聘干部而考核落选的事实；原告陈某某亦因此失去每月工资 5 000 元的工作并被深圳公安机关收容审查十天之久。请求判令被告立即停止对原告所实施的名誉侵权行为，为原告恢复名誉、消除影响和公开登报赔礼道歉，分三次刊登，并赔偿精神损失费 20 万元和实际损失费 10 万元。

被告辩称，朱德付在《南方周末》发表《做好事招来的横祸》，揭露了广东省雷州市政协委员刘秋海于 1995 年 3 月 12 日在某市救助因车祸受伤的原告陈某某后又被原告恶意诬陷为“肇事逃逸”并遭殴打勒索一事。对此案进行跟踪报道，发表了续篇《恶人先告状》。由此可见涉及原告的报道与刘秋海事件密不可分，原告的“恶人”之名是本案是否构成名誉侵权的关键。在刘秋海事件中，原告的表现证明其品行恶劣，被告的报道将其称为恶人是完全恰当的。被告的报道是在占有大量调查资料基础上完成的，内容基本属实，原告起诉被告侵权，举例涉及报道极小部分的关于陈兄有敲诈勒索的劣迹，陈某某有卖淫吸毒行为等内容，是陈兄当时的妻子莫某某向刘秋海提供的，真实可信，原告认为被告故意捏造虚假事实对其进行诬陷、诽谤，没有事实依据。原告起诉无理。请求驳回原告的诉讼请求。

经审理查明，记者朱德付在《南方周末》发表《做好事招来的横祸》，称刘秋海于 1995 年 3 月 12 日在广西某市郊见义勇为热心救助因车祸受伤的女青年陈某某，反被伤者家属诬为肇事者并被殴打勒索。在《南方周末》刊发《恶人先告状——〈做好事招来的横祸〉续篇》，称《做好事招来的横祸》一文发表后，陈某某及其兄陈兄不仅不痛改前非，反而起诉要求刘秋海赔偿医药费、误工费、伤残费等共计 15 万元。其文中写道：“陈某某及其兄陈兄的丑恶行径不仅引起了外人的公愤，而且引起了其家族中有良心的亲友的义愤。11 月 21 日，与陈某某关系至为密切的一位亲友从某市打电话到湛江，向刘秋海反映情况。在长达一个多小

时的通话中，这位了解内幕的人士提供了大量有关陈某某和陈兄的惊人内情。一、陈兄四年前停薪留职，一直从事敲诈勒索的勾当，几年前曾因敲诈本单位一位女青年的金项链而被公安机关收审。去年8月4日曾敲诈勒索新加坡商人吕某，并多次敲诈本地一间夜总会。是当地臭名昭著的恶势力分子。二、陈某某一直在深圳以卖淫为业，并与当地和香港某些黑社会分子狼狈为奸从事敲诈勒索的勾当。其结交的香港男友1991年9月在香港打劫金铺时，被警方当场击毙，……1994年6月左右，陈某某和香港黑社会分子绑架一北方女子，被深圳警方抓获，并从其身上缴获一支手枪，后陈某某伺机潜逃。今年春节前，陈某某又和香港一黑社会分子绑架一富婆，欲勒索300万，后香港歹徒被深圳公安机关抓获。陈某某便潜逃回家避风。三、陈某某有吸毒行为……陈某某在留医时开的药方中，有冬眠灵和飞那更两剂戒毒药等旁证可资佐证……"上述文章发表后，原告认为被告的报道失实，侵害其名誉权，已造成严重后果。

在本案审理期间，《南方周末》报还三次刊登涉及原告名誉权文章。重复刊登了本案讼争的上述关于陈兄敲诈勒索，陈某某卖淫吸毒、绑架勒索的报道内容，并把原告的起诉写成是"一次有计划有预谋的反扑行动，目的在于釜底抽薪，推翻整个'刘秋海事件'"。《南方周末》刊登《"刘秋海事件"再追踪》一文，分别以"陈某某负案在身，偷渡香港　公安局张网以待，拘留审查"、"要钱者赤膊上阵，杀气腾腾　陈兄口出狂言，打残记者"作标题，称陈某某参与了林某某团伙绑架勒索案，并且再次重复刊登本案讼争的上述关于陈兄敲诈勒索，陈某某卖淫吸毒、绑架勒索的报道内容。还写道"本报法律顾问白明韶律师说，将陈氏兄妹界定为'恶人'，不管从其过去一贯言行还是现实的表现，都是恰如其分的"。文中称本报记者专程采访了陈某某的前男友、因绑架勒索罪而被判刑的林某某，林说，"我犯下绑架勒索罪便是因她而起，她是主犯，但她当

时逃了”、“陈某某在深圳一直做三陪小姐……我认识她之前,我估计她通过卖淫赚钱,因为她每天都要抽白粉……”。

另查明,深圳市公安局南山区分局于 1996 年 5 月 21 日以原告陈某某涉嫌绑架勒索为由将其拘留。同年 5 月 31 日该局作出释放通知书,称因证据不足,经局领导批准释放陈某某。此外,被告提出林某某团伙绑架勒索一案的案卷中有关于陈某某卖淫、吸毒等材料。经本院调阅该案的全部案卷,案卷中没有任何材料反映陈某某有卖淫、吸毒等行为。

还查明,经合浦县人民法院委托该院法医技术室对陈某某于 1995 年 3 月 12 日至 3 月 27 日在某市人民医院治疗的病历材料进行核查,结论是陈某某在该院治疗交通事故所致“右额颞顶硬膜外血肿”,未进行戒毒治疗。住院期间使用杜冷丁、飞那更、冬眠灵针属头痛、失眠等病情需要。

诉讼中,被告主张上述有关原告陈兄敲诈勒索,陈某某卖淫、吸毒、绑架勒索等内容的报道来源于陈兄的前妻莫某某给刘秋海打电话的电话录音。经当庭质证,查明该电话录音未征得莫某某的同意。

本院认为,公民的人格尊严受法律保护,禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民的名誉。被告《南方周末》报刊登的《做好事招来的横祸》、《恶人先告状——〈做好事招来的横祸〉续篇》二文的基本内容,以及文中出现的陈兄“一直从事敲诈勒索的勾当”、“被当地公安机关收审”、“多次敲诈本地一间夜总会”、“是当地臭名昭著的恶势力分子”,陈某某“以卖淫为业”、“狼狈为奸从事敲诈勒索的勾当”、“绑架一北方女子”、“绑架一富婆,欲勒索 300 万”、“有吸毒行为”等描述,均没有经过调查核实,即擅自公开刊登内容严重失实且有侮辱、诽谤原告内容的文章,致使原告的名誉受到严重损害,已构成对原告名誉权的侵害。被告主张上述有关报道来源于原告陈兄前妻莫某某的电话录音,但该电话录音未征得莫某某的同意,

系不合法行为，不能作为证据使用。况且绑架、勒索、卖淫均系触犯我国法律的违法犯罪行为，公民是否触犯法律，应由司法机关裁决。被告所提供的证人证言，均不能证实其报道内容属实。被告《南方周末》报社侵权的主观故意明显，在诉讼中还一再重复报道失实内容，扩大影响，侵权行为情节严重，《南方周末》报发行量逾百万份，给原告造成精神损害的后果严重，陈某某为未婚女青年，其所受的精神损害程度更为严重。故原告请求被告南方周末报社停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉及赔偿精神损失费有理，本院应予支持。精神损失费的赔偿数额应根据被告的过错程度、具体情节及原告受损害的后果酌定。但原告请求赔偿的数额过高，不合理部分不予支持。至于原告要求赔偿经济损失，因无充分证据证实，不予采纳。据此，判决如下：

一、被告《南方周末》报社立即停止对原告陈某某、陈兄名誉权的侵害，并在该报上连续两期刊登道歉声明，为原告陈某某、陈兄恢复名誉、消除影响（声明的内容须经本院审核）。如拒不执行，本院将采取公告、登报等方式，将判决的主要内容及有关情况予以公布，所付费用由被告《南方周末》报社负担；

二、被告《南方周末》报社赔偿原告陈某某精神损失费 65 000 元，赔偿原告陈兄精神损失费 45 000 元。

三、驳回原告陈某某、陈兄要求被告赔偿经济损失 10 万元的诉讼请求。

1999 年 10 月 18 日

中级法院民事判决书（摘要）

原告刘某某，男，广西某市国家税务局干部。

被告《南方周末》报社。

负责人江艺平，该报社主编。

被告朱德付，《南方周末》报社记者。

原告刘某某与被告侵害名誉权纠纷一案，现已审理终结。

原告刘某某诉称，1995 年 12 月 8 日被告在《南方周末》报刊登了被告朱德付题为《恶人先告状——〈做好事招来的横祸〉续编》的文章。写道："……据查，刘某某实为陈某某的姐夫，其工作单位是市国税局咸田税务所。陈某某的医药费 5500 余元已由刘某某拿回单位报销。"该文发表后，在社会上引起了强烈的反响，尤其是市国税局干部，在不明真相的情况下，相信被告的报道，强烈谴责原告。市有关领导也指示市国税局对此事进行查处，后经多方调查，原告没有为陈某某报销过任何医疗费用。原告认为，被告利用舆论工具捏造事实，损害原告的人格和名誉，使原告在精神上受到很大打击，严重干扰了正常的工作和生活，以致原告参加 1996 年 4 月本税务系统的中层干部竞选失败。被告已构成侵害原告名誉权的行为，并造成了严重后果，故请求判令被告立即停止对原告名誉权的侵害，在国内外有影响的报刊上向原告赔礼道歉，以恢复名誉、消除影响，并判令被告支付因侵权给原告造成的经济损失和精神损害 23 万元。

被告辩称，被告依据大量事实，客观揭露原告为陈某某报销 5500 元医药费的行为和动机，根本不存在故意诽谤和失实报道的问题，被告主观上并无过错。1995 年 3 月 12 日陈某某因车祸被送进市人民医院治疗，陈某某在医院收费凭证上用原告的名字，原告未表示异议，证明原告有报销此医药费的动机和行为，被告报道用语强调的是原告已从医院将报销凭证拿回家的行为，而非报销结果，只要原告报销医药费的动机和行为客观存在，最后报销与否并不影响新闻效果。原告列举的损害后果证据不足，更与被告的行为无因果关系，请求驳回原告的诉讼请求。

经审理查明，记者朱德付在《南方周末》报发表《做好事招来的

横祸》文章，称广东省雷州市政协委员刘秋海于1995年3月12日在广西某市郊见义勇为热心救助因车祸受伤的女青年陈某某，反被伤者家属诬为肇事者。在《南方周末》报刊发《恶人先告状——〈做好事招来的横祸〉续篇》一文，继续评述上述刘秋海事件并报道了受伤女青年陈某某诉刘秋海等交通损害赔偿一案，文中写道"进医院后，陈某某自报姓名为'黄小玲'和'刘某某'，动机无非是清楚自己意外受伤，作为一个无业人员无法报销医药费，便冒报可以享受公费医疗的亲友的姓名以骗取公费医疗。据查，刘某某为陈某某的姐夫，其工作单位是市国税局咸田税务所。陈某某的医疗费5 500余元已由刘某某拿回单位报销。"

在本案审理期间，《南方周末》报还二次刊登涉及原告名誉权文章。1997年1月24日《南方周末》报刊登《"刘秋海事件"风波再起——恶人又告状》，文中分别以"陈兄、陈某某和刘某某何许人也?"、"陈氏兄妹和刘某某起诉什么?"、"案中案内幕重重"等为标题，重复刊登了本案讼争的上述有关原告的报道内容，并把原告的起诉写成是"一次有计划有预谋的反扑行动，目的在于釜底抽薪，推翻整个'刘秋海事件'"。1998年3月13日《南方周末》报在第一版刊登《"刘秋海事件"再追踪》一文。说："他诉称，本报的报道使他在本税务系统竞选中层干部落选，据此向本报索要23万元的官位损失费"、"至于刘某某指控本报的报道使他丧失官位，则纯属讹诈!"

另查明，陈某某因交通事故治伤的5 500余元医疗费凭证原件现存在市区人民法院陈某某诉刘秋海、冯昌炳损害赔偿纠纷一案的案卷中。上述朱德付所写文章见报后，原告所在单位北海市国家税务局银海区分局对原告是否报销该医疗费进行调查，作出《关于"刘某某报销医疗费"一事的调查报告》，"调查结果是刘某某没有在咸田税务所及分局报销过任何医疗费用"。

诉讼中，被告主张有关原告的上述报道来源于陈某某之兄的

前妻莫某某给刘秋海打电话的电话录音。经当庭对被告提供的录音带进行质证,查明该电话录音未征得莫某某的同意。

本院认为,新闻出版单位依法享有舆论监督权。法律保护正当的舆论监督。但新闻出版单位的舆论监督,必须客观、真实,不得侵害公民的合法权益。《中华人民共和国民法通则》明确规定,公民享有名誉权,公民的人格尊严受法律保护,禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民的名誉。被告《南方周末》报社未经调查核实,该报道失实,已构成对原告名誉权的侵害,被告主张上述报道来源于陈崇明前妻莫某某的电话录音,但该电话录音未征得莫某某的同意,不能作为证据使用,本院不予采纳。在原告起诉要求停止侵害后,被告《南方周末》报社,采用故意夸大、失实的言辞,继续对原告名誉权进行侵害,被告《南方周末》报社的侵权行为贬低了原告的人格,使原告社会评价降低,精神上受到损害,故原告请求被告《南方周末》报社停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉及赔偿精神损失费有理,本院应予支持。精神损失费的赔偿数额根据被告《南方周末》报社的过错程度、侵权行为的具体情节及原告受损害的后果酌定,原告请求过高部分不予支持。原告请求被告赔偿因该失实报道致使其竞选中层干部落选而造成的工资损失,因无充分证据证实其落选与该失实报道有直接因果关系,本院不予确认。据此,经本院审判委员会讨论决定,判决如下:

一、被告《南方周末》报社立即停止对原告刘某某名誉权的侵害,并在该报连续两期刊登道歉声明,为原告刘某某恢复名誉、消除影响(声明的内容须经本院审核)。如被告《南方周末》报社拒不执行,本院采取公告、登报等方式,将判决的主要内容及有关情况予以公布,所付费用由被告南方周末报社负担。

二、被告《南方周末》报社在本判决发生法律效力之日起十日内赔偿原告刘某某精神损失费 10 000 元。

三、驳回原告刘某某要求被告《南方周末》报社赔偿经济损失

的诉讼请求。

1999年10月18日

中级法院民事判决书(摘要)

原告:市公安局交通警察支队。

被告:《南方周末》报社。

负责人:江艺平,总编辑。

被告:《南方日报》社。

法定代表人:李孟昱,社长。

被告:朱德付,男,1963年5月24日出生,汉族,《南方周末》报社记者。

委托代理人郭永昌,北京市大成律师事务所律师(受《南方周末》报社、《南方日报》社、朱德付共同委托)。

委托代理人白明韶,广州通达律师事务所律师(受《南方周末》报社、《南方日报》社共同委托)。

原告市公安局交通警察支队(以下简称交警支队)与被告《南方周末》报社侵害名誉权一案,本院受理后,依法组成合议庭进行了审理,现已审理终结。

原告诉称,1995年3月12日发生刘秋海、冯昌炳交通事故后,被告偏听刘秋海一面之词,不依据事实,利用《南方周末》报肆意歪曲事实真相,对原告进行诬蔑,诽谤和恶毒攻击,称"市公安交警作了非法的责任认定书和车辆痕迹检验意见书"。"对交警林某某昭然若揭的徇私枉法行为,市交警部门仍我行我素,继续以刘秋海肇事逃逸为名将刘秋海价值人民币16万元的车辆扣留,且不断虚构情节以掩饰自己的错误","林某某是见利忘义执法犯法的公安败类,作为林的上级领导对之竟无动于衷"。该报道侵害了原告

的名誉权。请求判令被告为原告恢复名誉、消除影响，登报赔礼道歉，赔偿经济损失18万元。

被告未作答辩。

经审理查明，1995年10月27日被告《南方周末》报社记者朱德付撰写《做好事招来的横祸》一文，称广东省雷州市政协委员刘秋海于1995年3月12日晚在广西某市郊见义勇为，热心救助因车祸受伤的女青年陈某某后，被陈某某家属诬为肇事者并被殴打勒索，无论社会舆论如何呼吁和谴责，无论刘秋海如何上访和申诉，"市交警部门仍我行我素，继续以刘秋海肇事逃逸为名将刘秋海价值人民币16万元的车辆扣留至今，且不断地虚构情节以掩饰自己的错误"。

1995年12月8日朱德付又在《南方周末》报撰文《恶人先告状——〈做好事招来的横祸〉续篇》，称"事实上，市交警作出的事故责任认定书是非法的，一方面是因其大大超越了法定的受理期限，另一方面被告(指刘秋海，下同)一方无一人在场。同时，所谓的《车辆痕迹检验意见书》也是非法的，因为其同样超越了法定的期限，而且是在被告一方不在场的情况下提取的。加之被告的车辆自4月19日后便被非法扣留在原告(指陈某某、陈兄)手中，其提取的样品不排除人为制造的可能"。"大众媒介对交警林某某的不法行为作了披露后，作为林的上级领导对之竟无动于衷"，"市常委宣传部彭部长私下向记者透露，市公安，尤其是交警，的确存在许多问题，市里正准备着手加以整顿"。同一天，被告《南方周末》报社编辑谭庭浩亦在该报撰文《只手岂能遮天》，指出"市交警作出了非法的责任认定书和车辆痕迹检验意见书，对交警林某某照然若揭的徇私枉法行为，林的上级领导对此也无动于衷"。1997年1月24日朱德付又在《南方周末》报撰文《恶人又告状》，称"市执法机关的某些人为掩盖自己执法过程中的不法行为，不惜助纣为虐，利用手中的权力随心所欲地制造谎言"。事态恶性发展至今，已不

只是陈氏兄妹在兴风作浪,而是"市执法机关的某些人一意孤行,利用手中的权力企图将盖子捂住"。

被告发表上述报道后,原告于1997年12月8日以被告侵害其名誉权为由向本院起诉。在审理过程中,因本案须以刘秋海、冯昌炳诉市公安局交警支队区大队道路交通管理行政强制纠纷一案的审理结果为依据,而该案尚未审结,本院裁定中止本案诉讼。高级人民法院于1999年1月18日对上述行政纠纷作出行政判决。本院恢复本案审理。

高级法院二审判决查明,1995年3月19日区交警大队接到陈兄的口头报案,称其妹陈某某于同年3月12日晚7时30分左右骑摩托车行至市高德亚叉岭交叉路口处,被从后面驶来的汽车撞翻在地,车损人伤。肇事车为1.25吨白色农夫车,车门印有"广东雷州外经凯华食品公司"字样。肇事者将其妹送到医院抢救,在交纳了600元押金后驾车逃离。4月19日下午6时许,区交警大队民警林某某正在家中吃饭,接到陈某某亲戚廖某某的报告,称撞伤陈某某的汽车正停放在森美大院内,请求林某某立即前去处理。去晚了恐该车离去。林某某身着便服立即前往森美大院,在那里见到了陈兄等人指认的肇事车辆广东农夫车及肇事者刘秋海。林某某向刘秋海出示了证件,说明来意,并现场查看被指认的车辆,发现该车前部有被碰撞痕迹。经电话请示大队领导莫某某同意,林某某当场开具暂扣凭证给刘秋海,以肇事逃逸待查为由,将农夫车及该车行驶证作暂扣处理,然后在其监督下由陈兄将扣押车辆开至区交警大队院内。为查实广东农夫车是否肇事车,区交警大队决定将该车作为肇事嫌疑车辆进行鉴定、检验。5月23日区交警大队委托市公安局对被扣车辆及陈某某当时驾驶的摩托车碰撞痕迹进行检验,次日,市公安局作出《车辆痕迹检验意见书》,认定两车的碰撞痕迹符合两车在同向行驶时碰撞所形成的痕迹。5月24日区交警大队依职权提取两车碰撞痕迹处的遗留物,并制作样

品提取笔录，送交广西大学工业测试中心鉴定。5月29日区交警大队根据检验结论和鉴定结论作出《事故责任认定书》，认定广东农夫车为肇事车辆，司机冯昌炳负事故的全部责任。冯昌炳不服，向原告申请重新认定。8月6日原告作出《道路交通事故责任重新认定决定书》，维持区交警大队所作的事故责任认定书，9月13日以冯昌炳多次缺席为由作出调解终结决定书。9月26日陈某某向市区人民法院提起损害赔偿诉讼并申请诉讼保全。9月29日市区人民法院将广东26-01150号农夫车查封保全。高级法院二审判决认定交警支队区大队交警林某某扣车扣证属执行公务的合法行为。

另查明，1999年3月18日市委常委、宣传部长彭某某证实，被告朱德付发表有关他的谈话，纯属不实之词，是朱德付事后杜撰出来的。

诉讼期间，《南方周末》报又分别在该报刊载文章《评"刘秋海事件"》及《"刘秋海事件"最新报道》，称"本案的复杂之处在于交警方面的介人以及由此引发的诸多复杂关系"，区交警大队追认并袒护林某某的违法行为，属区交警大队行政违法，"随意使用自行印制的车辆暂扣凭证，不仅是行政违法的问题，而且是性质更为恶劣的抢掠行为"。

以上事实，有刊载于《南方周末》报上的文章，高级人民法院(1998)行终字第一号行政判决书，《车辆痕迹检验意见书》，《交通事故责任认定书》，当事人的陈述等证据证实。

本院认为，新闻舆论批评监督必须内容客观真实，不得违反宪法和法律。公民和法人的人格尊严受法律保护。禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。被告在报道"刘秋海事件"引发的一系列民事行政案件过程中，对事实未经核对查实便断下结论，报道称原告所属交警林某某违法办案，原告对林某某的违法行为"无动于衷"、"助纣为虐"、"追认和袒护"、"一意孤行"、"利用权力

随心所欲制造谎言"、"我行我素"、"企图将盖子捂住"、"虚构情节掩饰自己的错误",原告所作的《车辆碰撞痕迹检验意见书》及《交通事故责任认定书》"非法"、原告内部存在许多"问题"等,均无证据证实。基本内容与事实不符。该报道损害了原告的形象,构成对原告名誉的侵害。原告请求被告停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉,并赔偿损失有理,本院予以支持。但原告请求赔偿经济损失18万元过高,超出了合理必要的限度,超出部分,本院不予支持。据此,经本院审判委员会讨论决定,判决如下:

一、被告《南方周末》报社连续两期刊登道歉声明,为原告恢复名誉、消除影响(声明的内容须经本院审核),如报社拒不执行,本院即可采取公告、登报等方式,将判决的主要内容及有关情况予以公布,费用由被告负担。

二、被告《南方周末》报社赔偿原告名誉损失费人民币20 000元。

三、驳回原告市公安局交通警察支队对被告朱德付的诉讼请求。

1999年7月16日

中级法院民事判决书

原告林某某,男。市公安局交警支队区大队干警。

被告《南方周末》报社(住所略)。

负责人江艺平,总编辑。

被告朱德付,《南方周末》报社记者。

被告谭庭浩,男,《南方周末》报社编辑。

原告林某某诉称,被告朱德付以《南方周末》报记者身份对1995年3月12日发生的刘秋海、冯昌炳交通肇事损害赔偿一案

进行追踪报道，分别1995年10月27日、12月8日及1997年1月24日在《南方周末》报刊登《做好事招来的横祸》、《恶人先告状》及《恶人又告状》三篇报道文章，称原告在处理所谓刘秋海肇事逃逸时，未向刘秋海主动出示证件，并与伤者之兄伙同一班“烂仔”将刘秋海及司机殴打致重伤，在勒索5 000元未遂后，非法扣留了刘秋海的一辆日产五十铃汽车，任由伤者家人开回家的惊人事实；林某某是见利忘义执法犯法的公安败类等，该报道内容严重违背客观事实，使原告的人格尊严受到严重损害，精神上无比痛苦，心理上增加了沉重的压力，在人格上、精神上、名誉上都受到了严重损害，已构成侵害原告名誉权的行为。请求判令被告立即停止名誉侵权行为，并在被告报刊第五版《人与法》同样版面及篇幅公开登报为原告恢复名誉、消除影响、赔礼道歉，赔偿原告名誉、精神及实际损失费15万元，依法追究被告朱德付的民事责任等。

被告均不作答辩。

经审理查明，1995年10月27日被告《南方周末》报社记者朱德付在《南方周末》撰写《做好事招来的横祸》一文，报道称：1995年3月12日晚广东省雷州市政协委员刘秋海在广西某市郊见义勇为，热心救助一因车祸而受伤的女青年陈某某后，反被陈某某的哥哥诬为肇事者并被殴打勒索，而市交警部门偏听偏信、某些交警徇私枉法。1995年4月19日交警林某某执行公务时，对陈某某的家属殴打刘秋海及司机张志耀视而不见，而是与刘秋海谈判，“说只要刘秋海掏5 000元钱出来私了便万事大吉，他保证不再打人不再扣车”，在刘秋海断然拒绝后，林某某开了张交通事故处罚单，上写“肇事逃逸，待查”，便叫陈兄将车开走。同一天，被告《南方周末》报编辑谭庭浩撰文《叫他如何做好人》，称陈兄一伙有恃无恐，无法无天，敲诈勒索的原因是“陈兄等人与交警林某某关系非同一般。作为一个执法者，不知林某某在执的什么法？！看他的所作所为，实在让人疑心交警大队是他们家自己开的。他哪里是执

法,他是在滥用权力,徇私枉法"。1995 年 12 月 8 日朱德付又在《南方周末》报撰文《恶人先告状——〈做好事招来的横祸〉续篇》,称"4 月 19 日市公安局郊区交警大队民警林某某在处理所谓刘秋海肇事逃逸时,身着便服,且未向刘秋海主动出示证件,在受伤女青年之兄纠集一伙人殴打刘秋海及司机时不仅不加劝阻,反而要求刘秋海拿出 5 000 元私了。在勒索行为未达目的后,强行扣留刘秋海的车辆,并交当事人陈兄开回家"。"刘秋海不幸的是他救助的竟是陈某某这样寡廉鲜耻、利令智昏的恶人,遇上像林某某这样见利忘义执法犯法的公安败类"。1997 年 1 月 24 日朱德付在《南方周末》撰文《恶人又告状——"刘秋海事件"风波再起》,再次称"陈兄伙同一班烂仔及市交警林某某将刘秋海及司机殴打至重伤,在勒索 5 000 元未遂后,非法扣留了刘秋海的一辆日产五十铃汽车"。

被告发表上述文章后,原告林某某于 1997 年 12 月 8 日以被告文章侵害其名誉权为由向本院起诉,在本案审理过程中,因本案须以刘秋海、冯昌炳诉市公安局交警支队区大队道路交通管理行政强制诉讼纠纷一案的审理结果为依据,而该案尚未审结,本院裁定中止本案诉讼。高级人民法院于 1999 年 1 月 28 日作出(1998)行终字第一号行政判决。本院恢复本案审理。

高级法院二审查明,1995 年 3 月 19 日市区交警大队接到陈兄口头报案,称其妹陈某某于同年 3 月 12 日晚 7 时 30 分左右驾驶一辆摩托车,被从后面驶来的汽车撞翻在地,车损人伤。肇事车为 1.25 吨白色"农夫车",车门印有"广东雷州外经凯华食品公司"字样。肇事者将其妹送到市人民医院抢救,在交纳了 600 元押金后驾车逃离,3 月 21 日陈兄补交一份书面报案材料给区交警大队立案在卷。4 月 19 日下午 6 时许,原告林某某正在家中吃饭时,接到陈某某亲戚廖某某报告,称撞伤陈某某的汽车正停放在森美大院内,请求林某某立即前去处理,去晚了恐该车离去。原告身着

便装立即前往森美大院，在那里见到了陈兄等人指认的肇事车辆广东农夫车及肇事者刘秋海。原告向刘秋海出示了证件，说明来意，并现场查看被指认的车辆，发现该车前部有被碰撞痕迹。经电话请示区交警大队领导莫某某同意，将广东农夫车及该车行驶证作暂扣处理，然后在其监督下将车交由陈兄开至区交警大队院内保管。

被告撰文称原告伙同一班烂仔及陈兄殴打刘秋海及司机，未出示证件，与刘秋海"谈判"，让刘秋海掏 5 000 元"私了"，让陈兄将扣押车辆开回家等均没有证据证实。根据原告历年度干部考核评定结果反映，1994 年至 1998 年度原告均被评定为称职等级。被告撰文称原告"见利忘义"、"执法犯法"、"徇私枉法"、"滥用权力"、"公安败类"亦无证据证实。

诉讼期间，《南方周末》又分别于 1998 年 3 月 13 日及 4 月 10 日先后刊载《"刘秋海事件"再追踪》及《"刘秋海事件"最新报道》，继续指责原告违法办案、接受私人邀请等。

另查明，《南方周末》报对"刘秋海事件"连续报道后，原告林某某受到社会舆论的谴责，对其工作、生活及心理、名誉均造成了一定的影响。

本院认为，新闻舆论批评监督必须客观真实，不得违反宪法和法律。公民的人格尊严受法律保护，禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民的名誉。被告在报道"刘秋海事件"引发的民事行政案件过程中偏听偏信，先入为主，对有关事实未经核实便下结论，报道称原告应私人之邀伙同烂仔及陈兄，未出示证件，勒索 5 000 元，将扣押车辆交陈兄开回家等，基本内容与事实不符；报道以原告"违法办案"为由，使用"见利忘义"、"执法犯法"、"徇私枉法"、"滥用权力"、"公安败类"等词语，贬低原告的人格，使原告名誉、精神上受到损害，侵害了原名名誉权，被告《南方周末》报社侵权行为主观故意明显，在本案诉讼期间，仍继续刊载有关不真实的报道，扩大影

响,侵权行为情节严重。故原告请求被告停止侵害,恢复名誉,消除影响,赔礼道歉及赔偿精神损失费有理,本院应予支持。关于原告的精神损失赔偿数额,应根据被告的过错程度、侵权行为的具体情节及原告受损害的后果酌定,原告请求赔偿数额过高部分不予支持。至于原告请求赔偿实际经济损失,证据不足,本院不予采纳。经本院审判委员会讨论决定,判决如下:

一、被告《南方周末》报社立即停止对原告林某某名誉权的侵害,并在本判决发生法律效力之日起十日内在《南方周末》报原刊登侵权文章的同一版面用同样篇幅连续两期刊登道歉声明,为原告林某某恢复名誉、消除影响(声明的内容须经本院审核)。

《南方周末》报社在本判决发生法律效力之日起十日内赔偿原告精神损失费45 000元。

1999年7月16日

附录:《终审判决书》辨析

(刘秋海诉交警大队违法行政案)

1995年3月12日晚7时左右,天雨,陈某某(女)驾驶摩托,翻车跌倒,车的尾灯闪亮未熄。适刘秋海乘车路经发现,将陈救起,并送往医院救治,代交600元押金后,继续赶路。

4月19日,刘秋海再次公出该市,基于关心,电询陈某某情况,陈兄认为有机可乘,即约亲戚电邀交警林某某"处理",诬指刘秋海撞伤陈某某后逃逸,强行将刘秋海自用的"农夫车"扣押,后作出《道路交通事故责任认定书》,断定"冯昌炳(刘秋海的单位司机)负此事故的全部责任。陈某某对此事故无责任。"

刘、冯对上述《事故责任认定书》持有异议,认为纯属黑白颠倒之作,依法提起行政诉讼。中院一审判决:"陈某某驾驶摩托车,……被同方向行驶的'农夫车'碰撞,造成人伤车损";"原告请求撤销被告'市0108070号暂扣凭证'决定和请求赔偿,理由不成立"。判决"维持交警大队作出的暂扣凭证决定"。

刘秋海不服上诉。高院在主要之点上维持了一审的错判,严重损害了善良公民的合法权利。故作辨析,冀获纠正。

为了清楚地辨明高院终审判决的错误及其要害,我们将按照判词的逻辑和陈述顺序,针对要点,逐一剖析,兼及我们的论点、论据。

一、本案分明是因有人编制情况提出交通事故责任问题而起,一审对此在审理之后作出了裁决,二审不明定一审判决的正确与否,却在判词中以"本院认为"为断语,判决:"(交警大队)作出的道路交通事故责任认定正确与否不在本案审查范围之内,本院不予审查。"换个通俗点的说法就是:法院就管交警"扣车"的行政行

为是否合法，至于“扣车”前后发生的“事故责任”的认定及其他相关情节，我们法官不管这一段。这真让人难以理解，人民法院“不受理”的行政诉讼，按《行政诉讼法》第十二条的规定，只有四项，却与本案毫无关联。也许有人会说，判决讲的是“不予审查”，并没认为应不受理，可见并不违法。那么请问：“受理”之后“不予审查”，这种程序何处可得、哪家会有呢？

或谓终审之判毕竟引了依据。其一是《行政诉讼法》第五条，其二是最高法院、公安部《关于处理道理交通事故案件有关问题的通知》第四条。不幸的是，援引这两条都不能说明终审的上述“不予审查”的判决为正确。上引第五条全文是：“人民法院审理行政案件，对具体行政行为是否合法进行审查。”交通事故责任认定的合法与否正是一种具体行政行为，据此不是应予审查无可推诿吗？我们有理由提出问题：《行政诉讼法》第十一条第八项规定：“认为行政机关侵犯其他人身权、财产权的”具体行政行为，属于法院的“受案范围”。道路交通事故责任的认定如不正确，其后果既能损害人身权，也会侵犯财产权，正包含于该项的“其他”项中。立法之所以用“其他”概括，恰恰是对于不能穷举尽列的救济，完全符合《行政诉讼法》的立法主旨。法官何故规避而不据之以办案？

诚然，终审判决援引的最高法院、公安部《关于处理道路交通事故案件有关问题的通知》第四条有规定：“当事人仅就道路交通事故责任认定……不服，……不予受理。”但有两个无法逾越的原则性问题，会使该条规定归于无效，不能适用。一个是：《通知》的发布机关是公安部，因此，它即使具有行政通知的作用，但却绝对构不成对于《行政诉讼法》的司法解释，最高法院就此单独发出的司法解释并不涉及《通知》中的这个内容，也可以印证。另一个尤为重要的是：《通知》第四条的内容与《行政诉讼法》的原则、精神乃至相关的具体条款诸如第十一条的规定，相互抵触，因此当然不具有法律上的效力，不可以作为人民法院的受案依据。

这里还应着重指出：通观二审判词全篇，所谓“不在本案审查范围之内，本院不予审查”，其实是虚晃了一下，它在许多重要环节上不仅作了审查，而且带着鲜明的倾向性，对此将在后面专门论列。

总之，二审判决枉法，确实有据，应予撤销，有法可依。

二、高院终审判决肯定交警大队“扣车”等具体行政行为合法有效，但所持论据无一可靠，无一正确。

先看法律依据。判词说：“根据国务院《道路交通事故处理办法》第十二条第一款关于肇事嫌疑车……公安交通主管部门有权予以暂扣审查”。对照《办法》的该款规定，高院判决作了两点富有实质意义的修改，如下：

其一，条款中只有“嫌疑车”的规定，没有“肇事”嫌疑车的提法。此种“修补”属于变更，不是别有意图，实在无法解释。

其二，条款中只有“可以暂时扣留嫌疑车辆”的规定，而且明示其目的在于“根据检验或者鉴定的需要”，判词居然篡改为“有权予以暂扣审查”。前者，检验或者鉴定，是查证，取证，是专门人才受权提供证据的一种形式；后者，审查的内容和目的又是什么呢？由谁规范呢？判词说是“有权审查”，立法上既无规定，显然是法外之权，是特权，人民法院怎么可以用判决的形式赋予行政机关以特权呢？

判词援引法律规定可以恣意修改，还能指望他的公正、严明吗？

再查事实根据。判词认为交警大队的“具体行政行为符合法律规定”，根据的事实有三条，略加分析，无一能说明问题，果然做不到公正、严明。分述于下：

（一）交警大队具体行政行为之所以合法，第一条根据是“交通事故受害人陈某某及其亲属的报案和指证”。这句认定有三个问题：第一，这个“受害人”本人自始至终没有“报案”，案卷材料清

清楚楚，怎么可以妄断？第二，“报案”本身，不宜不加分析地一律作为具体行政行为是否合法的事实根据。判词没有揭示书面“报案”的重要情节，依据卷存的报案材料，当事人亲属之“报”，分明是个假“案”，所有的“撞车”细节，统统出之于编造，至为明显。各方面对此早有详实的批驳、评论，试看以下证据，可见真伪：

1. 翻车当夜，陈某某住院时的“主诉”是：“因车祸致头部外伤，……被他人发现，后即送我来院急诊”(见“住院病历”)。

2. 潘战医生证：“听到广西几位民工说，这位伤者是骑摩托车跌的，被广东人抢救而来。”

3. 黄少伟医生证：“(被他人发现才送医院抢救)这句话是她(指陈小俐)自己反映的。”

4. 在3·12翻车时途经现场的目击者秦达辉向法官作证：“当我走过去，问那个女子，她讲是自己开车跌下的。”

5. 莫月军(医院保安员)证：“一位青年交了600元给我，说先救人要紧。这位青年说，受伤女青年在公路上没有人救……路过看见，就送她到医院抢救。”

6. 莫月军还对法官作过如下的证言：“那个穿着比较差的男人说，汽车上的人是做好事的，是好心人。我们两个是做木工的，在附近乘凉，汽车上的人就叫我们把受伤女子和摩托车抬上汽车，拉到医院抢救。”

这还不是卷中证据的全部。仅就摘录的而言，明明是驾车自翻跌伤，却编造虚假的撞车事故借以报案，难道还有可疑？至于与报案有关的其他问题，下文说明。

再讲第三，所谓“指证”。实际情况是，在“4·19”的现场“指证”之前，陈家以陈兄为代表，已经通过舅父的熟人关系，对交警大队的工作人员林某某作了交代，说了原委。林随同陈家亲戚到“场”，话不投机，采取了“扣车”行动。案卷材料无一证明现场曾有过陈氏兄妹的“指证”过程，且不说陈某某当时并不在场！

设定“指证”这个细节，是为了做“扣车”有据的文章，不幸弄巧成拙，是事先未能设计周全。这里值得研究的还有：退一步说，假定“指证”成立，人们仍然不能不问：当时，另一方的当事者也有证据提出，作为实施具体行政行为的交警又有什么理由根本不予考虑？二审又有什么理由在下判之前不参照研究，从而得到准确的判断？

概括地说，交警大队根据前述事实所采取的具体行政行为，纯属无源之水，出之于主观专断，二审全面采信，铸成大错。

（二）终审判词认为交警大队的具体行政行为合法，其第二条依据是，如判词所说：“经查看发现（冯昌炳驾驶的）农夫车有碰撞痕迹”。这里也有三个问题：第一，判词中的“查看”缺主语，即没有主体，从行文的语气判断，似是经“被上诉人（即交警大队）的工作人员林某某”的查看。我们要问：林“查”了什么呢？依照规定，一系列应“查”的事项，诸如“碰撞”发生于何时、何地？两车的何处相撞？所谓“痕迹”，在两车上分别是何形态？怎么就一点也不“查”呢？还有，依据规定，林某某当时需要请当事人“示意碰撞的过程”，又为什么不遵照执行呢？我们再问：他又“看”了些什么呢？对冯昌炳驾驶的农夫车来说，即使视为“嫌疑车”，依法也应“看”碰撞的角度和力度，更应“看”碰撞当时两车的停定位置，并予测定，既是执法，这些又为何统统不“看”？综上可知，林的“查看”缺乏必要的内容，仅凭一句“有碰撞痕迹”，得不出“扣车”合法的结论。第二，“碰撞痕迹”，如不能证明由何事、何物所引起，不能说明它发生在何时、何地，则与本案没有关连是无可争辩的。第三，林对陈某某驾驶的摩托车始终未“看”。据当时在现场的目击者陈子有的证言，“摩托车前面护杠坏了，塌进去，前面的灯坏了，其他没什么坏的了。”另一目击者秦达辉证：“摩托车倒在路右边涵沟里，车尾灯还亮着。”再据医院值班大夫潘战就所见出具的证言，“（摩托车）后灯后架完好。”互相参照，摩托车确属自翻而绝无被撞情事是清楚

的。林某某如能按照国务院《道路交通事故处理办法》第八条、第十一条的规定进行工作,“看”上一看,或有可能避免错误,但他却不按照法规的明确规定执行,违法了。一纸判决徒托空言,怎么可能抹掉这些基本事实、基本情况呢?

(二)终审判决认为交警大队的具体行政行为合法,其第三点根据是“刘秋海、冯吕炳承认曾驾驶该车到过事故发生地”。这一点,即使与前两条“根据”联系起来考察,也够不上具体行政行为合法的根据。问题是:第一,“到过”,不能说明与车翻的关系,当时“到过”的又何止刘、冯?第二,作为终审判决,为什么不能明示“到过”之后有了哪些行为,这些行为又与“撞车”有什么联系?第三,关键在于:“到过事故发生地”之说,从事物发生、发展的逻辑推断,必然是在“翻车”或“撞车”之后,既然如此,又怎么可以据此定为“具体行政行为合法”的根据!车翻了,冯(刘)到了,这怎么能够推导出二审判决的结论呢?这里有必要着重指出:前文已举证表明,刘秋海之“到”,是因陈某某驾车自翻而给予关照,是出于“救助”,是义举,凡此都有证在卷可稽,能推翻吗?

总起来看,二审在涉案的主要事实上采取了极不郑重、很不严肃的态度,反映出庇护违法行政一方的倾向,从而从根本上丢掉了司法公正,这是我们不敢不据实力争的!

三、交警大队和他的工作人员林某某案中的具体行政行为的违法性,兼陈二审判决的荒谬所在。

考虑到交警大队已向法庭表明,林某某的具体行政行为都经他们首肯,在有的问题上也确乎难解难分,为方便计,合并说明。

(一)林某某作为案中具体行政行为的主体,没有合法资格,即不合法。对此,《道路交通事故处理程序规定》、公安部 1993 年第三十号文件都有相应的规定,这一点,已是不争的事实。众所周知,行为主体不合法,行政行为也就缺了行为的主体要件,所实施的具体行政行为当然不具有合法性。终审判决在行文中,以“本院

认为"的断语，确认林的身份是"被上诉人(即交警大队)的工作人员"，意图抹杀其主体资格非法的事实，这是不严肃的！

(二) 林某某违反公安部《关于警风、警容的若干规定》，实施"暂扣嫌疑车"这样的公务，身着便装，化"公"为私，依法不能认定是合法的具体行政行为。终审判词对此本已"经审理查明"(判词第五页)，却依然断为"符合法律规定"，令人难解。

(三) 林某某当时所持、所示的"证件"，不符合法定要求，从而使他的具体行政行为根本不具有法律效力。

关于"证件"，二审判词"经审理查明"的是："林向刘秋海出示了……，说明来意"；而在下文"本院认为"的断语中又变为"扣车时出示了公务证"，这就难以判断，林"出示"的是两个证件还是一个。关键在于，不论两个还是一个，因其都不是公安部1993年第二十号文件规定的证件，自然统统无效。

(四) 上述三条违法情况昭然若揭，二审判决却以"林某某扣押车辆及其行驶证前经领导批准同意"为口实为之掩护，似乎有人批准便等同于履行了法定手续，这是严重的错误。明确地说，批准的是违法行政，谁批准，谁也就违了法，即使是"领导批准"，同样没有法律效力！

(五) 与"扣车"密切相关的问题，还有两点，不能回避，二审判词遮遮掩掩，企图为交警大队和林某某推卸责任，如下：

第一，林"扣车"后，交当事人一方的陈兄开走，此一事实，林某某未敢否认，不知何故二审在其"经审理查明"的情节中对这一点避而不提，却说是林某某"将暂扣(刘秋海的)车辆存放于被上诉人院内保管"？林本人的陈述缺乏可信的证据，有证言证明。即使暂扣车开到院内保管属实，请问：如此重要证物的"存放……保管"，交警大队为何竟然没有记录没有手续？再问："保管"应有专人，应有方法，应有时限，应有相应制度，为何统统付诸缺如？其中有假，实属合理推断。

第二,扣车不是本案具体行政行为的完成。依据法律规定,扣车,只能是为了"检验或者鉴定的需要",因此没有那种法官只审查扣车行为而不审查扣车之后必然发生的程序的规范。诚然,被扣车辆在院内保管"以待调查处理",后"作为嫌疑车进行鉴定检验",是判词讲明了的;但那是在林某某扣车交由陈兄开走的整整二十四天之后。特别要紧的是,鉴定的样品乃由送样单位提供,鉴定者并未参与取样,在这种状况下作出的鉴定还有什么价值?作为终审高院的行政庭又有什么理由不对之给予否定性的判决?

(六)前已陈明,二审判决所说"被上诉人作出的道路交通事故责任认定正确与否,……本院不予审查",不符合实际情况,仅列举判词的所示,予以揭明——

1. 判词认为:"根据交通事故受害人陈某某……的报案"(第九页),4月19日,林某某"见到了陈兄等人指认的肇事车辆……(和)肇事者刘秋海"(第五页)。一方是"受害人",一方是"肇事者",事故责任,明白无误,如不审理,由何得知?还不得不指出的是:二审在判词中虽然用着"经审理查明",据此"本院认为"这类不容置疑的判语,但其实是虽有"查"并不明,那"认为"必属主观武断也就合乎逻辑了。请问:陈某某受了什么害?她的"受害人"身份是由谁又据何而定的?先不提前文已经说明的驾车自翻的事实,作为"受害人",怎么在住院诊治的当时竟连续用了两个假名?这是一个"受害者"会有的正常表现吗?再问:"3.12事件"中,刘秋海作为乘车人,如没有证据表明他与其他人共谋"肇事",凭什么给他戴上"肇事者"的"桂冠"?还有:如不审查交通事故责任的认定是否正确,凭什么把冯昌炳驾驶的农夫车断为"肇事嫌疑车",不经审查就给戴上"肇事"的帽子,这不更见其不讲道理公然枉法吗?

细查判词,也就清楚了,那里明明说:"以上事实(包括上段所列),由陈锡明的书面报案材料,被上诉人的……立案登记表,证人林某某、莫某某、陈某某、廖某某的证言(我们上举的证言统

统排除了!)……等证据证实。"连证都查了,怎么能说没"审"?

2. 尤为明晰的是,判决还"经审理查明":"……根据检验结论和鉴定结论作出事故责任认定书,认定……司机冯昌炳负事故的全部责任。"(判词第七页)此一事实,为"……车辆痕迹检验意见书(和)……检验报告……等证据证实"(判词第八页)。这是直接涉及事故责任问题的认定,现在分明是为了庇护一些不正确的事物,为一审的不公正裁判打掩护,竟然判决"一审……超出了本案的审查范围实属不妥",这堪称奇判,不知"不妥"的到底是谁家!

以上三个方面的一系列问题,还没有涉及有人制造假案的其他种种细节,那些情况,各方人士已详予披露,不赘。

本案已经越出了行政诉讼的"个案"的范围,如何处理,影响深远,不知二审法院能否纠正错误,做到公正司法,还刘秋海以清白,还事物以本来面目?

2000年6月12日,北京

十四家金属公司诉某铝厂“合同纠纷案”

案情简介

1987年5月,中国有色金属材料总公司(下称中金司),联合本系统的几十家省、市、县公司,为援建大西北,由十四家公司出面与西北某市铝厂(下称铝厂)分别签订协议,合计集资3 500万元,扩建产铝车间,铝厂则按“国拨价”分期分户交付铝锭23 800吨,五年交齐,投入款不再收回。

1987年11月,资金按约全部到位。援建的车间建成投产,但铝厂从一开始就拖延履行交货义务,借口“价格”问题反复扯皮,使集资各家程度不同地蒙受了灾难性的损失,有的濒临破产。1990年12月,十四家公司联名状告铝厂要求履行义务。被告采用不正当手段把诉讼“管辖权”争到该市中院。几经周折,该市中院终于开完调查庭,并通知了正式开庭审理的时间,原告十四家按期集中该市,不料突然出了一个“诉讼主体”的确认,宣告延期审理,理由是“诉讼主体尚未解决”,原告各家应作为第三人参加诉讼,受到抵制。此后又经过一年,案经中院、高院,最高法院经济庭也不断参与其事,终得于1993年4月27日正式开庭,审理竟日,审判长宣布:“定期宣判,另行通知。”7月8日中院不出判决,却下了裁定,宣告广西省十几家原告无权告状,“驳回起诉”,而对有权告状的“中金司”的权利又一字不提。原告各家,联名一致提出上诉。8

月 27 日,高院作出裁定:"指令该市中院进行审理。"而按照民诉法只有"发回重审"的规定,并无"发回审理"的提法,其中的诡诈,不言而喻。自此以后,铝厂使用各种手段,逼原告各家同意"调解",以极不合理的条件了结了此案。

注:本案被告隐去地名(编者)。

代 理 词

代理词

审判席:

我们原告各家诉铝厂一案,尽管涉及两部、十省市近二十家国营企业,但分析它的法律关系,无论怎么说,都是一件极其简单的经济诉讼。欠货退款,欠债还钱,有关法律和法规无不认为是无可否认、无法赖掉的规矩和规则。去年庭前调查,特别是今天上午的法庭调查证明:被告人因欠货而负有债务,是铁的事实。我们与被告长期协商,复经法庭昨天调解未达成协议,现在诉请法庭满足原告人的诉讼请求,应当说:理由充足,无可争辩。

我们无意重提原告各家在 1987 年为开发大西北投资该市铝厂所办的这件好事,只是想说:聪明的中华儿女总不能老是在好事萌生之初就把它转变成了坏事;无数事实证明:善于把好事变为坏事的人,不是误国,就是害民,既损了人,又害了己。我们不该步他们的后尘。基于这一点,我要说,难道我们今天真的就不能在法庭的主持下,沿着法制的轨道,把变了质的好事让它重新焕发出光彩吗?让我们学会把坏事转化为好事吧!这不仅是为了自己,不仅是为了哪一方、哪一家,而是为了我们正在振兴中的国家!

作为一个中国人,看到大西北的黄土高坡,情难自禁,就会依稀看到那些从黄河上游光背赤足、一步一唤、朝着我们走来的纤夫群。这是我们民族的古老形象,可而今犹在,能不令人热泪翻滚!人们说:男儿有泪不轻弹。也会有人轻蔑地认为:眼泪又值几何!可是,尊敬的法官,泪不轻弹,是由于未闻伤心事、未到伤心处啊。

面对着既富饶而又贫困的皋兰大地，只要良心在胸，能不沉重？能不沉痛！

我们这里富有地下宝藏，又有纯朴、勤劳的人民，在拨乱反正之后又有了符合国情的国策，而今主要是缺乏资金，才使得资源沉睡，人民未能站人先富的行列，因此，如何迅速地、有效地改善投资环境，实在是当务之急；而投资环境的能否改善，能否把省外、国外的资金尽可能地引进来，一个非常重要的先决条件是：法律是否能够不打折扣地贯彻执行，企业在其生产经营中是否能严守诚实、信用的原则！

诚实信用，既已被规定为必须执行的民事法律原则，就不仅只是个人品格的体现，也不仅只是一个企业的风格的反映，而应看成我们伟大国家的国格的重要组成部分。信守而不玷污这条原则，应是每个公民的法律义务。

我讲这些，既是自勉，也是要在庄严的法庭上再次要求我们的委托人能够严格地信守这条原则。当然，如果大家都能信守这条法律原则，我们的生产一定会发展得更快，经营必然搞得更活，企业将因此得利，人民会由此受益，大家的日子肯定能更好过。这一点，无须证明。不必讳言，我当然也愿意提到我们请求他退款还债的被告人。不错，铝厂在这场诉讼中居于被告的地位，但这本身并没有一丝一毫不光彩的地方。铝厂作为国家的一级企业，我相信一些报刊和电视的揭示或宣传，会有至少是应有它的绝非寻常的贡献和业绩。正因为如此，我们要真诚地表示一个心愿，愿意看到先进的企业所迈出的每个重大步骤，都属不同凡响的创举，从而为其他企业树起榜样，为祖国的腾飞加个翅膀，添些光辉！作为一个中国的公民，一个普普通通的律师，我痛切地感到，我们至今没有自己誉满全球的“松下”或“索尼”、“通用”或“奔驰”，这真是一大憾事！唯其如此，我们对于自己的先进企业，怎能不衷心祝愿它先进更先进呢？好的企业之所以成为先进，中外一律，离不开法制。松

下的法律顾问是位女律师，她为松下事业开创了一个灿烂辉煌的前景，举世闻名。这个经验，似乎也是应当引进的。也正因为这样，当读到尖锐批评铝厂弃法违约的文章时，我也曾受到震动。一家中央级的报纸上，发过一篇署名文章，其中有一段说："某某铝厂……在中央大报上宣传合同兑现率达百分之百。今年对付款单位的合同居然一吨未交，这如何能叫百分之百？作为申请国家一级企业的该市铝厂，经济效益自然不错，然而这些效益在一定程度上是建立在各集资单位的经济危机上的。"诚然，文章的观点符合客观实际，可是，我在震动之余，确也真诚希望我们国家的一级企业能够扭转在一件合同上的失误，挽回信誉。

上引的文章中提到了一些企业的经济危机。我以一个法律工作者的名义向法院，特别是向铝厂的代表诉说：文章写的确属实情！

广东顺丰县是国务院的重点扶贫现象，该县金属公司投到铝厂的100万元是扶贫项目。可是，他们至今没得到一吨铝或者一分钱的收益！现在除百万本金外，又加上了多达130万元的利息。前不久他们在当地散发的一份资料说，由于这230万元的沉重负担，全公司的职工连同家属二百余人，生活已无依靠，有的人已是走投无路，陷入绝境，希望救星降世，以解决生存问题！

江苏省泰州也是贫困县，该县金属材料公司向铝厂投入250万元，因长年没有分文的收益，压力太大，而将经理免职，以谢全体职工，并为"失职"者戒！另一位老经理因承受不住沉重的利息负担，两度中风。目前，公司已濒临倒闭。人们说：扶贫项目变成了害贫项目，这是始料不及的。

面对着此情此景，我们忍不住要说：只要按合同履约，就可以扶贫，就可以使这些企业和它们数以百计的职工从危机中复苏、复活，对于被告人铝厂来说，对于一个效益甚好的一级企业来说，做到这一点，难道不是举手之劳？我们还清楚地记得：想当初，在号

召人们为援建大西北而集资的会上，该省的一位副省长以省里的丰富资源作保，说：投到该省的钱，一定会有效益，一定能偿还，这一点绝对有保证。信誓旦旦，言犹在耳，人们没有理由怀疑我们的高级官员会食言自肥。我们希望：大有经济实力的铝厂负责人和握有资源宝藏的该省官员，能以对温饱问题正待解决的贫困地区的债权人伸出守法履约之手。这绝非哀求。这是我们代表原告一方发出的呼声。我们希望得到铝厂的呼应。

现我就本案涉及的合同问题发表如下意见：

一、法庭调查证明，广西等十几家原告于 1987 年 5 月 10 日至 23 日在南宁会议上分别与被告签订的补偿贸易合同是合法有效的，已经履行了合同约定的义务，依合同取得的权利，自应予以保护。

1. 南宁合同的内容除了确定原告各家应付款数及被告每年度、每季应供铝数外，还特别规定："铝厂与中国有色金属材料总公司有色经营部，1987 年 4 月 14 日签订的'协议书'和 1987 年 5 月 4 日签订的'补充协议书'作为双方签订本合同的具体条款，双方必须严格执行。"因此，从原告、被告双方在合同上盖章之日起，4 月 14 日协议及其补充协议中的各项规定，即作为被告分别与原告各家签订的补偿贸易合同的具体条款得到了双方的确认。

2. 南宁合同签订后，原告各家分别根据该合同，将集资款如期如数直接汇至被告铝厂，被告的权利全部得到了满足。

3. 南宁合同签订后，所有与此有关的会议，都是在中金司召集下，由被告和出资各家共同参加，所有达成一致的会议纪要、补充条款，都是被告与各家签署。尤其是 1988 年 10 月 16 日至 20 日的项目协调会，为了加强对铝厂扩建项目的管理，专门成立了项目协调小组，铝厂出任副组长，通过了"开发项目协调小组职责"的决议，确定小组的主要职责是协调处理合同执行过程中出现的各种问题，这份纪要全面地反映出铝厂与出资各家的关系，铝厂签署

在案,无可否认。

铝厂在答辩中特别强调1989年8月在该市签署的"合同补充条款",但却断然否认它与出资各家存在着法律关系。可正是这个补充条款,是以铝厂为一方,集资各家为另一方,分别、单独签订的。铝厂的签署代表是许某某。这怎么能说被告与广西等十几家原告从未发生法律关系呢?行使权利的时候承认有法律关系,而履行义务时,就避而不认这种实际存在的法律关系,天下哪有这样的道理?

根据以上事实,理应得出这样的结论:广西等十几家原告分别与被告签订的合同是完整的、有效的,出资各家分别依据合同向被告履行了付款义务,被告应当以双方规定的条件,向广西等十几家原告履行义务,别无选择。

二、我们认为有必要说明中金司在铝厂项目中的作用及4月14日协议和5月4日补充协议的性质。

铝厂扩建四车间,是省政府出面号召、中金司牵头洽谈,全国近二十家物资企业共同出资的一个项目,被列入该省"七五"计划。铝厂根据它当时的情况,没有可能向外省物资企业筹集3 500万元巨款,任何单一省份的物资企业也不可能独自完成这一投资,所以,铝厂四车间扩建项目从一开始就是一个需要多方支援的项目。在这种情况下,中金司由于当时国家赋予的特定地位、特定职能、特定任务,承担了集资方的牵头工作,并作为集资方统一的代表出面参加项目谈判,既简化了谈判程序,又节省了时间,用很短的时间便促成了这一项目,确定了出资方式、集资总额、偿还办法等基本原则,产生了"4·14"协议及"5·4"补充协议。应当说,没有中金司牵头,就没有铝厂四车间项目的迅速上马,这种谈判方式对于铝厂这一需要众多集资方出面的项目来说是效率最高的方式,被告无疑受益于此。了解情况的人都很清楚,这种方式是1987年前后,开发该省有色金属资源活动中普遍采用的办法。因此,被告自

始确知，中金司只是“牵头人”，其本身并不投资。因此协议中明确规定“甲方应按乙方的分割单签订供铝合同，并严格执行”。还规定“甲方应依据供铝合同向付款单位办理托收承付”。基于这一点，我们说“4·14”协议及“5·4”补充协议是铝厂四车间项目的总意向书，仅只是项目原则的确立，中金司作为牵头人，负有两项责任：第一，确保集资各家接受“4·14”协议及补充协议确定的各项原则、规定；第二，确保集资总额落实到具体单位，并将分割单即参加集资的单位和数额明细表，提交被告。这两项，中金司全部做到，并得到了被告完全的接受与认可。其法律表现，就是被告分别与集资方签订了合同并将“4·14”协议及补充协议转化为南宁合同的具体条款；补偿贸易合同的权利、义务，最终确定。

但是，被告为了规避合同义务，在答辩中居然说：“中金司转让合同义务通过向十三家收取3 500万元投资向铝厂履行义务。”试问：被告直接与广西等家签订合同，直接向广西等家收足了钱，这难道是中金司转让的结果？难道是中金司把十多家凑足的三千多万巨款收进了自己的小金库，而不是铝厂把这笔钱存入自己的账号用来盖了自己的一个车间，从而收到了很好的经济效益？为了免除理应清偿的债务竟然如此歪曲实际情况，相信会受到我人民法院的批驳。

被告在答辩中说：南宁合同只是“收货计划卡片”，广西等十三家不能以此主张合同权利。这里，我们姑且不说这种卡片是格式合同，是铝厂标准合同这一事实（我们有被告用同一种合同纸在其他情况下，与其他人签订的合同），试问：这个所谓的卡片上分明注为合同，这个加注究竟起什么作用？再问：既是“收货计划”，为什么盖合同章？为什么铝厂在盖章时还特别注明“双方按经济合同法执行”？再问：既是收货计划，被告又凭什么依据一个“收货计划”向广西金属公司等原告收取巨额资金？难道收钱以前是合同，钱到手之后合同就变成了被告可以随意变更、甚至单方撕毁的“卡

片"了吗？难道被告在收取了巨款享尽权利之后，可以不承担丝毫义务吗？难道广西等十几家企业数十万职工把血汗积累投资给铝厂之后，连讨还的权利也没有吗？按照被告的逻辑，我们的社会就会失去正直、善良的道德原则，民法通则所确认的诚实、信用、自愿、公平、等价有偿等法律原则就会成为一纸空文，社会将没有正常的经济秩序！而这一切，无疑为法制所不容。我们绝不怀疑公正的法庭会对这些违背法律原则的主张作出正确的裁决。

审判长：

我们上面的陈述与分析，应能得出一个无可争辩的论断：被告人拒绝履行合同义务的答辩理由不能成立，必须承担违约责任。

自合同签订后，原告一方为了搞好铝厂项目，并督促被告履行义务，先后召集各类会议，多次来该市，一再妥协，不断让步，但终于没有换来被告履约的诚意，请允许我陈述几点相关的事实：

一、关于交货价格。被告一方一再表示，价格是本案焦点。不对！价格问题的实质是被告应否以及如何偿还投资的问题。补偿贸易的原则是以低价产品偿还投资。因此，双方在合同中明确规定："供给价格以交货时国拨价（AO 4 000 元/吨）进行结算"；"甲方（被告）按国拨价向乙方供铝锭 23 800 吨，以偿还乙方资金本息。铝锭如数交完后，甲方不再向乙方另外还款"。概括地说，就是：投资者以得到 23 800 吨国拨价铝锭为条件，而不收回当年投入的 2 900 万元的巨额投资（仅就参加起诉的十三家而言）。有人说这不公平，那么，是不是得到了投资的人想给多少就给多少甚至一吨不给才算公平？还有，为了避免在合同执行中可能产生的争议与纠纷，合同特别明确规定，"水、电、燃料价格上涨或下降等因素不影响双方签订协议中铝锭的价格，应严格按交货时国拨价为准"。此外，双方早已预料到随着经济建设的发展，价格政策必然会有变化的情况而规定了协商原则。合同中的规定是："如遇国家价格在目前基础上进行了调整，则双方应本着互利互惠的原则

重新协商，国拨价上调应保证乙方（原告方）正常贷款利息和微利，国拨价下调，相应减少铝锭数量”。即上调时要保障投资人权益，下调时照顾到被告的实际利益。上述规定说明在合同签订时，双方对补偿贸易及其原则认识得非常清楚。它不同于购销合同，其交货价格也不同于买卖价格，补偿贸易中交货价格一经确定，不能也不应受商品成本变化的影响。合同签订时的市场价与国拨价之差是 2 300 元左右，被告如数供足铝锭后，投资方即能从这 2 300 元/吨的差价中收回投资本息。这就是补偿的实质，但是，被告却在巨款到手、车间建成并取得可观效益之后，开始在价格上大作文章，总是在 2 300 元之内无休止地讨价还价，但价格之争并不是本案的实质，而仅仅是表象，实质是被告以掌握铝锭为优势，迫使原告方接受他们提出的交货价格，最终不履行合同义务；而被告人也达到了这个目的，五年来，被告交铝数量只占应交数的 15%左右，便是证明。

被告为了独占已得到的及将来必定会得到的经济效益而不履行义务，寻找了种种借口，交货价格问题只是其中之一。

二、关于成本问题。这是被告违约的另一个理由。被告说：四车间成本高，如按合同履行，企业将蒙受亏损。可是，众所周知，生产成本是被告生产经营中的问题，与原告方并不发生实际也没有发生任何关系。被告把一个与投资者毫不相干而在生产中又相当复杂的高成本与投资者挂钩，并把高成本可能产生的低效益的所谓亏损转嫁给热情出资、助其建厂的债权人身上，这不必讲法、讲政策，已是连常理都不顾了，这怎么行得通呢？考虑到此刻我们是在向法庭陈述理由，所以还必须着重指出，根据法律，因合同而产生的债务的偿还，应是无条件的；合同一经成立，即受法律保护，双方必须遵照执行。被告应当偿还它的债务，不论它的生产初期是亏损还是盈利，都必须偿还。更何况，被告利用原告一方的投资取得了巨大的效益，不仅甘肃人民共知，且为被告一方的宣传文字

所证实,应无疑义。

三、关于供铝条款的变更问题。被告人说他们在1989年3月20日、8月22日两次与中金司协商一致,改变了原协议中的有关供铝条款。对这种说法稍作分析,便可看出,被告人的立论站不住脚,作为违约理由不能成立。我们先不论3月20日的补充协议与8月22日的合同补充条款,无论在形式上还是内容上,都有重大差异,因而不可相提并论;仅就被告人用各种方式一再提出的8月22日的合同补充条款来看,正是这份协议,由于签署人一方为兰铝,另一方为原告人中的绝大部分,说明了被告人与原告十几家法人的权利义务关系。相关的书证,我们已提交法庭,不再详述。应加说明的是:

第一,这份补充条款所产生的基础与原则恰恰是被告与原告各家在南宁订货会议上分别签署的合同。该补充条款开宗明义说,"根据原合同",一语五个字,便充分说明了我们的论断准确无误。

第二,这份补充条款的基本内容,并无适用于整个合同期间的效力,它有严格的限定,即仅仅适用于1989年,仅仅适用于1989年实际交货的3 000吨。

第三,这个补充条款将托收承付方式修改为"款到后发货",即实行了预收货款,这有它当时的政策背景。关于这一层,中国人民银行1990(57)号文件《关于恢复异地托收承付结算方式的通知》中,说明得十分明白,也不再赘述。关于执行"款到发货"中的具体情况,则将在必要时详加说明。

第四,这个补充条款中涉及的"用电权费"因其违反相关法规而无法律效力,"用电权费"问题将在后面论述。

为了使法庭对于这个补充条款的性质及作用有一个更为清晰的概念,我们有必要提出这样一个事实:本案原告中的一家,天津物资贸易中心代表因对该补充条款的内容持有异议而未签字。被

告在强手面前，不得不按照南宁合同规定的内容，履行了当年的交货义务，办理了托收承付；可是，其余各家在补充条款中作出的妥协、表达的善良愿望以及认真考虑被告要求的诚意，统统被视为可欺的软弱表现，成为被告撕毁合同的借口。被告在违约的路上走得太急，也太远了！我们相信，法庭不会听任违约者的无理要求长期持续地发展下去。我们至今仍然真诚地期望通过审判，被告人在法庭的主持下，终能走上诚实履约的道路。

四、关于"保底条款"问题。被告违约，拒不交货的另一个理由是：合同约定的国拨价供货以保证原告权益的条款是什么"不平等的保底条款"。何为保底条款？我们认为"保底条款"这概念，有其特定的使用范围，只适用于联营合同。根据最高法院的《关于审理联营合同纠纷若干问题的解答》，"保底条款"是指一方虽然向联营体投资，并参与经营，分享联营利润，但不承担联营的亏损责任，在联营亏损时仍要收回其出资和收取固定利润。请问，这与本案合同有什么关系？与本案诉讼又有什么关系？我们十几家原告没有一家曾与被告签订联营合同，更没有也绝不会有一家参与了被告兰铝的经营活动或分享过一分钱的利润。既然如此，谈得上什么"保底条款"？被告及其代理人用各种说法曲解联营、联合这些基本概念，并以此为手段，搅乱本案纠纷涉及的法律关系，应请法院明鉴。至于被告说这不平等，那就让我们看看如下事实：

铝厂收取了 3 500 万元巨资后，便晋升为一级企业，效益之好，经常见诸报端、荧光幕上，其主要负责人也获得了极大荣誉；而原告方则因巨款长期不能收回，有的企业因此而倒闭，有的企业负责人因此而被撤换。参与江苏省金属材料公司资助铝厂扩建工程的江苏泰县金属材料公司的原经理因此而中风失语，至今卧床不起……。但被告在昨天的调解会上居然提出只给回本金，不给利息。这难道就是被告的公平吗？近 3 000 万元巨款，放在银行里存五年，利息也有 1 800 多万元。资助铝厂建厂却分文利息不付。

这难道就是铝厂的公平吗？这是十足的霸道！铝厂的法人代表凭什么如此霸道！如此蛮横不讲理！

但我们相信，被告铝厂再霸道，也难以使人民法官肩上的神圣的天平倾斜。被告的违约行为必将受到法律的制裁！被告人必须承担违约责任，被铝厂严重损坏了的该省投资环境一定会得到改善。

五、关于用电权问题。被告一口咬定所谓"用电权费"是原告方应当承担的"法律义务"。把一厢情愿的主张，称为"法律义务"，把一个企业化身为国家立法机关，是一个笑话性的失误。被告的理由是"无电就不能炼铝，返销铝锭就将落空"，言下之意，如原告方不承担"用电权"费用，则被告就不供铝锭。这是要挟！按照被告人的逻辑，他随时可以提出一系列的借口，什么没有水就不能炼铝，没有燃料就不能炼铝，没有机器设备就不能炼铝，甚至没有技术工人就不能炼铝，而工人没有足额奖金也不能炼铝，等等，等等，

这样的逻辑不是太荒谬了吗？

查国务院关于集资办电的政策和法规规定，其基本原则是两条：(1)集资办电是生产企业与电力部门之间的关系，不得把费用转嫁给用户；(2)"谁投资、谁受益"，购买用电权按规定，购买单位在交款的第二年或在发电机组投产后的当年开始用电，电价按国家规定的现行价格计算，用电权二十年不变。据此，铝厂在交钱的第二年起，享受现行电价的用电权二十年。但铝厂却要将长达二十年的受益支出全部摊到原告一方五年的供铝价格上。这无疑是违背法律规定的无理要求，理应受到驳斥。

让我们来看看被告方"用电权"费用的计算。被告要求原告方每吨铝锭承担 1 568.55 元的用电权费。我们在查阅法院卷宗的时候发现，该省电力局计划处对铝厂集资办电问题有个说明："铝厂共付买用电权费 6 155 万元，电力局供电 26 160 万度；共兑现二十年，铝厂每年可以此产铝 16 350 吨，按协议，铝厂享受二十年用

电权，每吨分摊188.23元，不计利息，相当于每度电分摊1.18分，如计利息，是每吨分摊490.62元，相当于每度电分摊3.07分。"这个材料说明，每吨铝只应分摊188.23元用电权费。但是，被告人以蒙蔽的手法，用1 568.55元代替188.23元，强加给原告一方后，便又说原告一方以合同方式承诺了这项所谓的"法律义务"，并要原告方在五年内都要承担这些"义务"，这是不真实的，也不符合法律规定。姑且不论原合同明文排除用电费用，单单就被告人据以论证其理由的1989年补充条款，也只能是对1989年的供铝发生作用。对于1988年及1990年到1993年并无作用。

但是，就是每吨188.23元用电权费，也是原告方依法不应当承担的。依据如下：

一、1985年8月2日，国务院办公厅《内部情况通报》第七项指出"除经……批准的以外，各地不得用提高电价的办法集资办电，已经加价的应停止执行。"

二、1986年5月13日，国务院文件指出："凡有用提高电价办法集资办电的，都须经国务院批准，凡自行加价的，均应坚决纠正，停止执行。"

三、1987年国发一百十一号文件专门指出"企业缴纳电力建设资金的，应努力降低成本，自行消化"。

从以上中央政府的有关规定看，被告人在8月22日合同补充条款上明列的强加于原告头上的，每吨铝1 568.55元用电权费是非法的、无效的。我们对此郑重提出：被告人的这一违法行为，理应受到审判庭的重新审核并依法纠正，已交付的用电权费应予追回，返还给原告人。

审判长：以上是我们就几个主要问题发表的基本观点。

我们从被告人的答辩中清醒地估量到，他们对于信守合同、诚实履约兴趣甚小，他们对于债权人因对方赖债不予清偿而承受的不堪承受的沉重负担，似也不会给予回应。我们只有为原告人寻

求法律保护，故依据《民事诉讼法》第九十七条第三项“因情况紧急需要先予执行的”，“可以裁定先予执行”的规定，以及最高法院法发（1992）二十六号文件中第一百零六条，因当事人的生活、生产经营的急需，在判决前得“先予执行”的精神，恳请对于原告人江苏、广东两家中的极端困难的投资单位，按照原定的偿还本息加微利的原则，先予执行，作为紧急救助，以期解决他们自己难以克服的困难。

统请裁量，并予采纳。

1993年4月27日

注：本案与王世伯、傅可心律师合办。

诉 讼 文 书

起诉书

（*原被告均从略*）

案由：合同纠纷

请求目的：要求被告人履行合同，并按照合同规定，赔偿因其违约而给被告人造成的经济损失。

事实与理由：1987 年 5 月，原告方在南宁“全国有色金属订货会”上，分别与被告铝厂签订了十四份“有色金属产品供应合同”。这些合同，是 1987 年 4 月中国有色金属材料总公司（原名“中国金属材料公司”）有色经营部，代表原告一方的十三家企业与被告一方铝厂签订的补偿贸易协议的具体执行合同，因而是以补偿贸易为基础、为原则，应无疑义。

按照上述协议，原告方的各家企业共集资 3 500 万元，于 1987 年 11 月 30 日前交付被告人，以便该铝厂另建车间，扩大生产，与此相对应，被告一方则按上述的具体执行合同，自 1988 年至 1993 年，分期定量按质以“国拨价”向我们各家提供铝锭共计 23 800 吨；用以偿还原告各家的本金以及按规定应得的利息和经营微利。

合同签订后，我们基于大力支援祖国大西北的热情和满足各方对特定金属材料的迫切需要，千方百计，积极筹措，将被告人亟需的 3 500 万元巨款，不打折扣地按照约定期限全部到位。该铝厂凭一纸协议，巨资到手，新建车间迅速上马，正式投产，生产能力大增，经济效益和政治效果，双双丰收。这是从原告方面吸进新鲜血液才能达到的目标，无可争辩。

然而我们万万没有料到，被告人铝厂以及与他们相关连的某些领导人，签约当时，信誓旦旦，一再申明严格执行合同的决心，郑重表示具有履约的绝对能力，却在享尽权利之后，拒不按照合同履行义务了。有必要具体陈明：被告人应于1988年交付原告铝锭2 000吨，竟一吨未付；1989年应交4 200吨，截止今年8月，仅仅交付了2 357.386吨；至于今年应交的4 200吨，时至今日，仍一吨不付。为了催请被告人履约，我们先后七上该市，其间也曾召集各类会议，从中协调，并曾提过若干建议，以利于解决问题。拳拳诚心，都被对方视为可以任意欺哄的根据，使我们除了提请法律保障之外，已别无他途可供选择。

被告人拒不履约或有借口，在价格问题上反复扯皮就是一例。但是，被告人作为上述执行合同中的一方，他应供货的数量、质量与时限不仅在合同上写得明明白白，就是价格，也是规定得清清楚楚不存在任何歧义的。双方签订协议明确规定，铝锭价格“应严格按交货时国拨价为准”。试问何谓“严格”？无非是不得寻任何口实，不能打一丝折扣，按规定的“格”从“严”执行！这还不算，为了预防纠纷，协议还从另一侧面作了补充具体规定，即：“水、电、燃料价格上涨或下降等因素，不影响双方签订协议中铝锭的价格。”其实，这一补充正是“严格”的注脚，难道不是吗？！由此可见，被告人的任何借口都不能作为拒不履约的客观依据。

我们不得不指出，由于被告人拒不履约，给原告一方的十多家企业程度不同地带来了灾难性后果，仅以广西区金属材料公司为例，为了履约，竭尽全力，一次投入资金200万元，连同利息，已近300万元，但至今未能得到一吨铝锭。投资数百万元，历经三年，换来累累债务，有的下属公司因此而陷入绝境，濒临破产；抽血之后，因换血者的不义深陷危境，先不论公道，合同双方当事人之间的对等权益，还从哪里谈起？

应加补充的是，原告一方各家无不因被告人的违约而蒙受了

巨大经济损失，大多已经难以负荷。久拖不决，将产生极其恶劣的后果。

我们从两年多来的违约与履约之争的过程中，深知被告人还会片面强调自己的“困难”，而把责任统统推诸“客观”。可是，难道因为困难就可以不履行合同？被告也许还会侈谈“大气候”，可是，难道“大气候”独属于被告一方，而于原告一方的十多家企业毫无影响？总之，如此“论”成立，《经济合同法》第六条规定的“当事人必须全面履行合同规定的义务”，岂不将变为一纸空文？该条最后规范的“任何一方不得擅自变更或解除”，还有什么实际意义！

国家的法律必须付诸实施，任何人或者组织都不得有超越法律的特权，这是宪法原则，绝不准任意违反。结合本案纠纷，合同当事人只有严格遵循《经济合同法》中的原则，违约、违法行为方能制止并得纠正，大家都依法办事，有关的争议也才会得到合理、合法的解决。

概括起来，我们的结论是——

一、被告一方的行为严重违约，必须承担全部违约责任。

二、原告一方的合法权利已蒙受重大侵害，应请人民法院予以维护。

为此，谨提出如下的诉讼请求：

第一，按照《经济合同法》的规定，要求被告人执行1987年协议及合同——

1. 到期应交铝锭按合同数量全部交货，价格按应交货时的国拨价托收结算；

2. 按照协议和合同规定，要求增加供货量1 400吨，以保证预付的本金、利息及经营微利能获得清偿；

3. 铝锭品位在AO以上；

4. 欠交部分，按上述协议和合同中规定的违约条款处理。

第二，如果上述要求不能满足，考虑到被告人如此不信守合

同，已无履约的可能与诚意，要求按照《经济合同法》的有关规定，判令被告人退还前述的本金与利息，并赔偿经济损失。

第三，诉讼费、律师费，均由被告人负担。

请予审理，并祈核准。

附：证据三份（略）

1990年12月26日

市中级人民法院一审裁定书（摘要）

原告广西公司等十三家诉称：1987年5月，原告在广西南宁"全国有色金属订货会"上，分别与被告铝厂签订三百十四份"有色金属产品供应卡片（合同）"。这些合同是1987年4月中金司代表原告方与被告方签订补偿贸易协议的具体执行合同。依照上述协议，原告方各家共集资2 900万元于1987年11月30日前交付被告，另建车间。被告方则按上述的具体执行合同自1988年至1993年，分期定量按质以"国拨价"向原告方提供铝锭23 800吨，用以偿还原告各家的本金、利息和按规定应得的经营微利。合同签订后，原告方如约汇给被告铝厂2 900万元，但被告方未按合同的约定供铝，并在价格问题上反复扯皮，依照双方签订协议，铝锭价格，以交货时国拨价为准。国拨价上调应保证乙方正常贷款利息和微利；国拨价下调相应减少铝锭数量。补充协议还规定，水、电、燃料价格上涨或下降等因素，不影响双方签订协议中铝锭的价格。原告方因被告方一再违约而蒙受了巨大损失。特此提起诉讼，要求：（1）被告执行1987年协议及合同，价格按应交货时的国拨价托收结算；（2）按照协议和合同规定，增加供货量，品位在AO以上，承担违约金。如上述要求被告人不能满足，要求被告人退还前述本金和利息并赔偿经济损失，承担诉讼费、律师费等。

本院认为，中金司与铝厂于 1987 年 4 月 14 日和同年 5 月 4 日签订的协议书及补充协议均系补偿贸易合同，其后，铝厂与中金司及集资单位在南宁订货会议期间签订的全国有色金属产品供应卡片（合同）均系上述两个协议的补充，未改变补偿贸易合同的供需关系，不应视为独立的合同，因此，补偿贸易合同的权利义务人仍是中金司和铝厂。故原广西公司等十二家的起诉不符合《中华人民共和国民事诉讼法》有关起诉的规定。为此依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零八条、一百四十条第一款第三项的规定，裁定如下：

驳回广西公司、江苏公司、苏州公司、〇六单位、广东公司、天津物贸、南京公司、沈阳公司、哈尔滨公司、佛山公司、广州公司、北京公司的起诉。

如不服本裁定，可在裁定书送达之日起十日内，向本院递交上诉状，上诉于省高级人民法院。

1993 年 7 月 8 日

十四家金属公司上诉状

上诉人不服市中级人民法院（1992）十七号民事裁定书，提出上诉，理由如下：

一、被告人铝厂采用不正当手段争得案件管辖权后，最高人民法院经济庭曾表示"全案移送"市中院审理。所谓全案，显然包含诉讼主体地位。跟着，最高法院经济庭的有关负责同志指示我们十三家"以原告地位参加诉讼"。孙庭长也明确指示我们"居于原告地位"。并讲："我们通过此案也可以检验一下该省的执法水平。"

二、市中院于 1992 年 4 月开庭调查之际，省高院经济庭竟然

从中干预,要求我们中的十二家以"第三人地位参与诉讼"。指示中院"暂缓开庭,延期审理"。中院自此处境艰难,我们十分理解。

基于对我人民法院的尊重,我们此后一再要求明确,十二家的"第三人地位"有无独立请求权。除了中院肖审判员口头答复说"我个人认为,你们有独立请求权"之外,再无任何正式答复或指示。

三、1993年春,本案合议庭人员重新组合,审判员不远千里南下佛山,要求佛山公司以第三人身份参与诉讼,被拒绝。

四、1993年4月,中院通知开庭。4月24日,合议庭全体成员约见我们,并明确通知:"经研究,你们十二家原告人地位不变;你们是原告绝不会再变,中院不会拿信誉开玩笑。"并询问我们:"你们满意吗?"跟着希望我们同意调解。

五、调解未成,于4月27日开庭审理。审理中,全体合议庭成员无一人、一次审及我们的诉状是否符合《民事诉讼法》有关起诉的规定,无一人一次指示我们原告人的诉讼地位不合格。

六、实体审理整整一天,原、被告双方就实体问题辩论终结之后,法庭再次主持调解,未果,审判长宣布:"因案情重大,需报审判委员会讨论,定期宣判。"

七、现在我们等来的竟不是判决。民诉法第一百二十八条明确规定:辩论终结后应依法判决。法院有什么理由不严格执行?中院裁定引用民诉法第一百四十条时列明了第一款第三项,可是,你们在援引该法第一百零八条时为什么又不敢引用该条的具体款、项?你们适用的是哪款、哪项,为什么不敢明示?援引法条如此不郑重,我们无从考虑,故不能接受。

八、你们在"本院认为"之后提出了一个"不应视为独立合同"说。此说,是被告人手中持有的所谓"最高批复"。对此,我们过去就一再表示过明确的意见,这中间有鬼是明明白白的。这哪里是"本院认为"?至于省高院经济庭的"认为",人们也是清清楚楚的,

也无可隐讳。

九、即使这样“认为”,那么,请问:你们在审理终结、再次调解未成之后,对中国有色金属材料总公司的权利,又为何不予“认为”并作出判决?还有,我们要求“先予执行”的申请,你们又有什么理由不予裁定?这些难道都化为乌有了吗?

十、我们不得不指出,省高院经济庭在铝厂为本案争管辖权期间,曾让铝厂“赞助”近50 000元在该厂招待所召开审判工作会议。这一情况,人尽皆知。在诉讼中如此寻求被告一方“赞助”,这不可能保证审判的公平与公正,我们不幸言中了。

现在,虽明知上诉的结局,但依然要做遵纪守法的表率,而且相信国法不是哪级法院的三两个人可以任意戏弄的,因此,依法提起上诉,并将采取一切司法保护措施,以维护我们的合法权益。

具状人:集资项目协调组　工作小组

1993年7月19日

高级人民法院民事裁定书(摘要)

一审裁定处广西公司等单位提起上诉,主要理由是:上诉方各家与铝厂之间存在着直接的民事权利义务关系,共同起诉铝厂符合法律规定。铝厂答辩的理由是:驳回广西公司各家以原告地位对答辩人的起诉,符合答辩人与中金司1987年4月14日签订的补偿贸易协议,上诉人中除中金司外,其他上诉人均为不合格的原告。

经本院审理认为,中金司等十三家与兰铝签订的“有色金属产品供应卡片(合同)”是根据中金司提供的供铝分割单提供的,内容仅有供货时间、数量、品位及结算方式,价格没有约定,实际是以铝厂与中金司的原约定为准。因此,供货卡片只是对“协议书”、“补

充协议"的补充,并未改变补偿贸易合同中铝厂与中金司双方的直接法律关系,不能视为独立的合同。原审认定的事实及法律关系清楚,证据确凿。上诉人的上诉理由不能成立。但原审对十二家签订供货卡片单位的诉讼地位确认不当。依照《民事诉讼法》第十五条之规定裁定:

一、撤销中院(1992)十七号民事裁定。

二、指令市中级人民法院进行审理。

1993年8月27日

漫漫律师路



1980年12月，辩护了李作鹏“四人帮”集团“反革命案”

张思之律师会见当事人李作鹏。



看红日涌起碧波间

——十年律师，一束心得

一、十年体验，深感律师实务研究上的缺陷在于，基本上没有理论，主要是靠实践去说明、解释或者确定问题。其次是不大注意探讨的多角度，没来得及不仅从法学的角度，还应从诸如哲学、美学的角度去观察、分析研究那些属于我们的课题。

二、各门学科、每种艺术，无不需要到自身之外吸取营养。不然，初创时很难自立，立起后又难以发展。“汝果欲学诗，功夫在诗外。”放翁老人从经验中提炼的这个见解，愈久弥新，启发着后代多少诗人学子。

三、我体会，长期钻研某一狭窄的法学领域，易目光短浅，逐渐迟钝。

当代自然科学的迅猛发展，拓宽着社会科学的研究领域；社会科学除了自身的分化、组合之外，也正在实践方面向自然科学靠近。二者的接近—结合，为律师实务的研究开出了新的渠道，提出了高的要求。“山外青山楼外楼”，难道不是吗？

四、眼下，前行路上，有人疑虑，有人苦闷，于是发出“停滞”的感慨、“倒退”的惊叹。在我看来，运动中的苦闷或疑虑，本质上是一种“醒悟”的表现形式，证明着未忘使命，常在思索，是跃上新阶的准备。关键在于：拓宽道路，找到新径。

五、马克思有个哲学观点：人，在“按照美的规律建造世界”。这可以理解为，应当按照美的规律去创造，去实践，并使之成为自

觉的活动。从而启示我们,不妨用美的尺度去衡量人的思想、性格、语言、行为,去衡量风俗习惯、伦理道德,去衡量政治经济制度、知识理论体系。直截了当地说,律师实务及其理论,也完全可以用美的尺度加以衡量。

"美是真理的光辉。"让我们借助希腊民族这句古老格言中的光辉,指导实践,研究理论,提高水平,把律师实务这朵科学的鲜花移植于美苑。

六、与各种艺术相近,律师实务的本性也在于创造。无创造便无美的境界。

律师实务的作用和意义,绝不限于解决具体问题。重要的是,通过解决问题去表现一种世界观,去体现我们民族的特征、时代的特点,去反映芸芸众生的愿望和需求。集中到一点上,即要体现一种力量,借以创造一个合乎理想的环境,推动和谐秩序、美的境界的建立。

七、失去创造力,我们生存的客观世界会黯然失色。美,离不开创造。

创造,是个永动的状态,是种无穷尽的力量。我们这里讲的创造,是指对于理想境界的永不止步的追求。

八、创造之于律师,要靠大脑的思索、心灵的感受,不是依赖拼体力。研究问题,拾人牙慧,抄来袭去,就正是在用古老陈旧的办法消耗体力。

我认为:唯独创,乃有特色;唯创新,方见个性。没有特色,不见个性,不能避免"败笔",也就离开了美。

我们的产品,我们的著作,除佳作精品,不少属于"造",而非"创"。提高不快,这是原因之一。

九、创造是个过程,其间要注意发现与培养自己独特的风格与气质,语言与文字,方式与方法,在创造中锻炼出"这一个"。

十、创造,我不得不承认,往往得以无私与无畏为前提。而敢

创造的结果，则将是我们再次得到了发展的机会；这一层，又足可令人欣慰。因此只要有发展，我们为之奋斗的律师事业就不会失去生命力。

十一、律师实务的广泛性和一定程度的复杂性，要求它的产品应具“多样性”。

多样性中能见律师的创造，方显律师的才能。美，正潜于多样之中，我以为是这样。

十二、多样，排斥一个调子、一种模式。

单调或者独模的共同特点在于：远离创造性，不见创造力。而其危害则是：选择的机会越来越少，路子越走越窄，我们赖以发展的条件将因此而大受局限。

十三、一切出自一个腔调，源于一种模式，也就无美可言。

自然界如果只是一种颜色，哪里还有“春”？桃红梨白，柳绿梅黄，杜鹃山茶，修竹雪松，于姹紫嫣红中见千姿百态，好一派明媚春色！多美呵！

十四、多样性的“统一”，构成和谐。但是，这个统一与上面说的“一个”又非同义。那个“一”，与单调和贫乏结亲，同和谐则无缘。

十五、如果律师的精神产品大都出自一个模式，可以断言，律师实务这门艺术的生命不会长青。

客观上要求律师应各具“个性”：思维、感情、胸怀、才能、风度、风格……无一不是“这一个”。多姿多彩的个性构成了“多样性”的统一，将能显示我们“这一个”统一体的非凡创造力量。

十六、“个性”的发扬，创造力的全面发展，是我们律师人格臻于完美的体现。如此，我们的实绩之中才会有美。因其“美”，故能吸引人，方能启迪人，才有“力”。

十七、我们律师的力量在哪里？

心灵中放射着“真善美”的光辉，就有足以震撼人们的心灵乃

至客观世界的力。这是一种深刻动人的无形的精神力量。

十八、律师工作说到底，可以通过一项实务，点点滴滴地促人接近善、达到真，推人前行，引人向上：使人愈来愈成其为人。这也正是美与美学的力量之所在。

十九、律师的力量在精神方面。不能低估精神力量的作用：律师那集中反映在实务上的智慧可使人求真，道德观念能助人循善，而他那应有的坦荡胸怀、炽热纯情、晶莹品格，完全可以指引人们去追求“美”的境界，构筑理想世界的美好蓝图。

二十、智慧，或源于实践，或来自知识，尤为重要的是，出之于富有成效的工作。法庭演说、笔端文采，都会闪耀着律师的智慧。

律师实务中如无智慧的光彩，我想说，那不是我们律师的。

二十一、知识诚然重要；徒有知识，未必能成为智者。知识会老化，智慧能长青——这不是深奥哲理，是无情现实。善于把知识升华为智慧，始能得到美的精神产品。

二十二、知识浅薄，思想贫乏，都距美甚远。

浅薄、浮夸，无知、少识，导致迟钝，近于愚昧，削减着我们的力量，降低了律师的作用，往往阻碍我们前行，使我们摆脱不开立正踏步的状态。

二十三、妄想用华美外衣遮掩浅薄与贫乏的人，会把自己弄成社会生活中的丑角。

智慧，除天赋外，主要靠训练与锻炼得来。人类在刻苦艰辛的创造过程中，涌现出一批又一批真正的智者。

二十四、不朽的音乐天才——路·贝多芬的名片上，只印六字衔：智慧的所有者。他那时已经“誉满全球”，却不挂往日的、消逝的尊贵头衔，也没有那许许多多上穷碧落下及人间的美名桂冠，可是你看，他那么自信，多么自豪，于极其平凡之中展示着扭转乾坤、改天换地的博大胸怀。他要把美送到人间。

我从中得到了受益终生的教育。

二十五、欲使实务富有成效，得研究它的特征。请允许我做这样的概括：律师实务是一门研究细节的学科。

清代孙蘅塘，对唐代诗人有“心细如发”的赞誉。依我看，当代中国律师也应如是。在具体事物中，在事物的细节中，能找到美的踪迹——这个美学观点很值得思考。

二十六、研究细节，就会“发现问题”，就要“提出问题”。对律师来说，前者是实践中的重要手段，后者是一项无可替代的任务。

为了发现—提出—研究“问题”，必须学会从宏观角度去考察微观现象，这一层，应视之为搞好实务的方法论。

二十七、讲方法，还必须从整体上把所研究的事务当做一个“过程”做过细的考察；如此才有可能把握住研究对象的方方面面、主干枝叶，乃至于核心所在。

二十八、为了“发现问题”，离不开信息的交流、人间的交往、人与事的联系，总之离不开交际。其实，作为律师，我们的研究对象就包括人与自然的关系、人与社会的关系、人与人之间的关系。

二十九、律师进行交际的目的，是为了实践，为了参与一个和谐秩序的建立，即为了创造。

三十、交际，一个首要的前提是排除杂念；通体透明，去掉瑕疵。

交际，要区别对象。每个人都有独特的个性，各有千秋的心灵天地，这与没有完全相同的两片树叶的自然现象，何其一致。不加区别，难免“盲人瞎马”之讥。

但在态度上又应平等地对待与之交际的对象。再进一步，还得清楚地认识他。这种认识，就是改造世界的实践。之所以要改造世界，不正是为了使它更美吗？

三十一、至于交际的手段，除源于信息交换、心灵交流中的智谋之外，主要靠优美动人的语言文字。

三十二、律师的语言：行云流水，明白晓畅；律师的文字：朴实

无华，准确精炼。无论语言或者文字，都是真情实感的表白，不用妆点，无需雕琢。

三十三、律师的语言文字，都应达到忘我之境。忘我非无我，是心在跳动，思想在长空飞翔。

三十四、律师的语言常表现为演说。古希腊、罗马的演说大师，把演说看作"一种道德完美的艺术"。呵！道德完美的艺术，多么精辟，有着多么丰富的内涵，多么值得玩味体会！

文艺复兴前后的西欧演说家，称得上群星灿烂，东方更不乏光照百代的雄辩之士。难道我们超不过他们？我不大信。

三十五、律师的文字常涉析理，也属艺术创作。但毕竟同艺术作品有别：我们不是用形象创作，而是靠事实（凭证据），只是中含艺术因素，体现着艺术的品格罢了。

三十六、用事实讲话须准确，忌面面俱到；面面俱到不等于准确。还不可止于对事实的分析，应透过你的分析表达正确的思想、科学的信仰以及善良的愿望。

三十七、要运用"情语"。"一切景语皆情语"。《人间词话》中表述的这一重要观点对我们运用语言文字也不无参考价值。作不含情，难成精品。

律师之作，情可不露于外，但应蓄于内。有了情，才有可能创造出美的精神产品。

三十八、情，主要不指情绪，而是讲情操。对世上不平无动于衷，不能激动起来，并用语言文字表达激愤者，第一、他距律师甚远，因为愤怒往往体现着爱爱恨恨的情操，体现着善意爱心；第二、他离美也远。你看，那充溢着正义内容的愤激，多像骇浪惊涛，好美、好美啊！

三十九、语言贫乏，文出俗套，大半源于思想上的惰性。找到病根，也就便于医治了。

依靠我们全队的努力，中国律师语言文字的风格终将形成，并

会日臻成熟。

四十、我坚持这个见解：真正的律师必是真正的人：似澄彻见底的清流，如通体透明的水晶。表里澄澈，一片空明，反映出心灵纯净，心地晶莹。行在山阴道上能觉“如在镜中游”者，足证他心情爽朗、心地澄明，整个山林都影印在一个光明净体中了。这不正是我们律师的形象吗？

四十一、作为律师，应不懈地追求那绝无止境的自我完善。“泉涓涓而始流”，一往无前，汇入河湖，注入大海，非圣杰，又圣杰。这该是我们律师的职业特征吧。

四十二、对事业，应特别强调热烈的执著的追求精神，达到“痴”境。顾恺之有所谓“痴绝”之誉，何妨引来？

四十三、要搞好律师的事业，不能轻艺品，艺要高超；更应重人品，心要纯正。二者兼顾兼得，我们的队伍定能群星闪耀。

人们要求，律师及其实务应体现着美与善，使人感到崇高；故对律师品格的要求相应也高。

四十四、高尚品格、崇高道德，由何体现？一言以蔽之：人格的完善与优美。

就律师的道德来说，须以“真”为基础：对人要诚，对事应实，两者都体现在“真”上，由真及善终至美。

四十五、真，对我们律师有两方面涵义：一是讲真情，一是写真实。律师在人民心目中的价值，恰在敢于反映真实，道出真情，绝不扯流。上溯时势、国是，下及讼案、事件，莫不如此。

四十六、敢字重要。敢，得以本身硬为其条件，首先要以“艺高”为前提，否则会成蛮干。换句话说，勇，应有“谋”支撑。智慧总应先于、高于勇敢。

四十七、律师之间应有竞争，无妨竞争，但都得体现着“美”，故须同丑恶现象划清界限。

竞赛、竞争的目标，都在于体现我们集体的凝聚力，即集全队

之力把我们的工作提高到一统“真善美”的理想境界。

竞争有别于斗争。竞争中务必时时自省:在显示什么,想达到什么目标——并做出入情入理的回答。

四十八、热衷于“拜金”,一味讲求“实惠”,必然远离或竟失去“真善美”。权衡得失,能不警惕?

范文正公“先天下之忧而忧,后天下之乐而乐”。荀老夫子“先义而后利者荣,先利而后义者辱”。实千古绝唱,足以“晓天下之聩聩”!试改苏轼《临江仙》一字,寄语如旭日涌起般的年轻朋友:“何不忘却营营!”我纵有落日迟暮的实感,仍愿与君共勉。

四十九、律师制度连同实务的改革,似宜寻觅这样一条新径:让年轻的律师学好哲学,学好美学,学点诗;更多地学点其他的“法外”诸学科……

五十、逐步锤炼出美的气质,积极培育起诗样的激情,加上深邃哲理的引导,我们中国的律师必将日益接近“真善美”的和谐的统一。改革功成,恰在此时。

然而路尚漫漫,不经艰苦求索,何能成就大事业!走笔至此,眼前浮起两幅动人心魄的图画:“衣带渐宽”,“灯火阑珊”。

朋友们!不能坐等红日涌上碧波。

1991年夏,北京

行云流水，朴实无华

——辩护词漫话

一、我们律师的辩词，除佳作精品外，往往单调、刻板，给人以枯燥干瘪的感觉，有的又是故弄玄虚，夸夸其谈，令人有言未及义的遗憾。两者都有损于律师的形象，影响律师制度的发展。

二、一个不能忽略的无情现实：每份辩词都是律师的素质、水平、风格、风度的集中体现，反映着我们的世界观。因此之故，如果我们的辩词一时难能成为超群的不朽精品，也应是耐人寻味的拔俗佳作。

三、辩词作为实现辩护职能的一种手段，其功能和作用说到底无非是这两条：明辨事理，提高情操。

欲使事理得以明辨，即须需有说服力；欲使情操能以美化，即应有感染力。

辩词也是宣传品。唯其如此，更应写得深刻、生动，使之长留人心，难以泯灭。

四、请问衡量优秀辩词的尺度是什么？

回答颇有难度。人们可以从不同的角度去立其标尺。在我看来，以下几条可为量度：

（一）辩词中能体现出它应当表现出的最高使命，并不就事论事。

（二）内容具有科学的真，而在形式上又能反映艺术的美。

（三）有好的社会和客观效果，能反映出人民大众的愿望、感

情和需求。

五、产生好的辩词,必须有一个重要的前提条件:用你的大脑进行独立的思维,以利于写出你自己的话,准确地反映客观真实。

六、辩词是个人创造的精神产品。

既是创造,就应铸出特色,显示个性,培育出个人独特的气质和自己独具的风格,总之应是“这一个”。

如果每个律师都是“这一个”,我们这支由众多“这一个”构成的队伍才会多姿多彩,才能产生出非凡的力量。

七、既是创造,就应表现为对于理想境界的永不停步的追求,从而要求在有限的语言(文字)中,反映出、创造出一个纯真、宽广、和谐的意境,令人觉得美,感到力。

八、凡是创造,就含有风险,中外古今,概莫能外;可是,唯创造能推动事物的不断发展,使我们为之奋斗的事业永葆其青春,所以,即令风险常随,也足使人欣慰。

九、辩词,要以“事”为骨,以“理”为肉,以“情”为筋,以语言为“血液”流贯其中。

倘无优美语言作为新鲜血液流贯,纵有伟岸“躯干”,也不免显得干巴巴的,活似陈年核桃的外壳。

语言丰富了,辩词就活了,立住了,年轻了,长青了。不提高驾驭语言的能力,难有好的辩词。

十、语言之所以能成为血液,是造血者对语言加以选择、洗练、并精心组合的结果。

秋空残月,岸边柳色,晓风送寒,征人远去;离情别绪,万般惆怅。此情此景,在大词家柳永笔下,只将“杨柳岸、晓风残月”织成一体,仅止七字,就绘出一个无比动人的绝妙境界,交融情景,拨动着古今多少人的离情愁怀,千古传诵!这不正是对语言的选择、洗练与组合之功吗?

十一、辩词的语言:行云流水,明白晓畅;表现为文字则应朴

实无华，准确精炼；两者都要条分缕析，亲切含情；不用妆点，无需雕琢，但又必须修改、涂抹，达到无一语不可信、无一句不可靠的境地。“文章是改出来的。”鲁迅先生的这条经验谈，于辩词同样适用。

十二、辩词的语言，应达到忘我之境。忘我非无我，是心在跳动，与大众共震；是思想在长空飞翔，与时代同步。

十三、要善用“情语”。辩词之作，情可不露，但应内蕴。韩愈说：“言有穷而情不可终。”作不含情，难成精品。情语，大多来自推敲、锤炼，不经刻苦实践不可得。所谓含情，也绝非感情的宣泄，应是深沉思考的结晶，不加强各方面的修养不易得。

十四、还得讲究语法、修辞；连标点符号都不可轻轻放过，要用得精巧，并符合规范化的法定要求。

“标点之于言文有同等的重要，甚至有的还在其上。”（郭沫若）“标点符号好比音符，它们牢固地缚住文章，不让它散落。”（布拉果夫）中外学者的这一共识，应对我们有所启示。

十五、辩词，主要是面对法官而发，尤其上诉审的辩词是这样；但往往也有必要考虑到公诉人或一般听众。为此应有针对性，同时要消除冗长，力避杂乱。

十六、应精心设计“开场白”。

目前盛行的辩词开头的“格式”，是导致它单调、呆板的一个重要原因，读来乏味，听去疲惫。该改改了！

设计要求：（一）联系案件实际；（二）表明基本观点；（三）符合辩词主旨；（四）结合法庭的情势；（五）形式新颖独创——给听者（书面审则是读者）以有力的心理影响，使他自然地、热切地想了解“下文”。

案件互不相同，“开头”自应互异；万万不可一律，而且是“十年一贯”！

十七、写好辩词的首要关键是突出重点。如其不然，必定出

现败笔,导致无力,达不到辩护的基本目标。

重点的确立,也得因案而异。为了便于把握、利于研究,无妨分做三类:

(一)关于事实,凡重要、重大的,均属。

(二)关于理由,无论涉及事实、法律或者情理,凡主要的,就是。

(三)关于词语,凡属关键的都是。试看下例:

一审认定被告人对签署无效合同造成的重大损失,负有直接的领导责任,构成玩忽职守罪。律师抓住关键辩道:"领导责任,词义模糊,在这里既无具体的涵义,显然没有法律上的效力;至于作出'直接'或'间接'的区分,更无实际意义。莫非断为'直接'就有罪责,凡属'间接'则应无罪?如此界定,于法无据,不能成立。"我以为驳得有力,从根本上动摇了一审上述认定的合理性与合法性。

十八、讲真情,写真实,是写好辩词的另一个关键所在。其实律师的价值主要也在这里。

十九、抓住关键,突出重点,与把握住"细节"并无矛盾,往往一致。应当树立这样的观点:律师实务是研究细节的学科。唐代诗人有"心细如发"的美誉,我们当代中国律师有何不能?

透过案中细节,会发现问题,从而能提出问题——这正是辩词的极其重要的内容。请看:

在某工厂的强奸案现场,经多方寻觅,得毛发二十六极,经化验,其中二十五极为女发,另一根竟是狗毛;但此处无犬。据此细节,终于发现是某女托人找来狗皮贴于下巴,冒充男须,趁夜黑在被害人脸上乱蹭一阵逃出,妄图嫁祸于仇人。案情大白。毛发之细,也能提出大问题,故不能等闲视之。

二十、辩词就其主旨说,并不一定在于给予答案,但一定要提出问题,多问它几个"为什么"?

辩词提出的问题,应有针对性,要有批判精神,须是案中的关

键性环节；总之是活生生的，让人无能回避。某杀人案，一审判决认为两被告人同时实施了杀人行为，跟着断为“先后猛击（被害人）”。律师在二审辩词中问道：“既是同时，何来先后？既有先后，谁人在‘先’，何人在‘后’？作为判决，无法回避！为何回避？”问得有力，提得在理，除了认错，实已无处可退了。

二十一、但是，下例一类提问应予防止。某伤害案，律师在辩词中问道：“对被告人没采取强制措施，程序是否合法？”就程序的合法性提出质疑，本极重要，无可非议；但细察其内容，不能不说是有点不知所云，这究竟是在“辩”什么呢？

二十二、讲“实”话，不空言主张，要求善于运用“事实”。

合理地、严谨地组织“事实”，使之无懈可击，这本身就是最为有力的辩护。

冤假错案之所以难绝，最主要的根源正在认定事实上的主观武断。

二十三、用“事实”说话也忌面面俱到。因为面面俱到既不等同于准确，也不等同于充分。

二十四、肯定于被告方有利的事实，要依据证据加以分析，尔后得出结论。这种分析，也不宜就事论事，应能表达出正确的思想、科学的信仰，或是去诉说一个善良的愿望。

对应“立”的事实的肯定性陈述，要有节制，做到适度。“我不是在和你争论，我是在告诉你。”西方律师的这个经验概括很值得玩味借鉴。

二十五、在辩词中叙述事实，按照事件发生的时间顺序，顺叙其事，有助于眉目清晰，逻辑严密，能收一目了然的功效。有时也无妨按问题的主次，先叙主要，以利于抓住焦点，突出重点。

二十六、涉及专门性问题，务必讲出科学的根据。信口开河，想当然，都将贻笑于人，达不到辩护的目标。

二十七、否定指控的事实中的不实诸点，第一，要对不实各点

加以概括,第二,要能够从中抓住要点。试举例说明——

大兴安岭火案。起诉书在肯定被告人庄学义于育英林场部署工作后,指出他"两次向党委通报火情并提出了图强局应采取的防火措施,然后驱车去综合厂,途中曾停车观察火情,于 20 点 40 分左右匆匆离开育英"。

针对这段指控而发的辩词是:"这段指控,包括被告人当时的三个行为,即:通报了火情、提出了措施、驱车继续察看火情。请问:在当时那种大火天降的危急时刻,他的这三个行为有什么可以指责的呢?这三个行为与所谓犯罪又有什么联系呢?看来问题在于'匆匆'离开育英。可是,第一、'离开育英'这个概念是含混而不精确的,因为在庄……一路疏散灾民、疏通要道的许多地方,统属育英辖区,他在辖区之内奋力做了那么多组织工作,使许多人脱险离开火海,业经庭审调查核实,这怎么能说是'离开育英'?第二,在大火肆虐、烈焰扑人的极端危急时刻,所谓'匆匆',正是机智聪敏的指挥员形象,难道大火压顶还非得'慢吞吞'地才算坚守岗位、才称得上指挥若定吗?遇事'慢慢来'是恶习,会贻误事业,这个指控不能成立。"

二十八、如主张无罪,辩词中最好先下结论,再叙理由,眉清目楚,印象鲜明深刻。

二十九、论点必须明确。

如有分论点,不可与主论点并列,而应使之从属于、服从于主论点,并应分别论证。

三十、分论点之间不可互相矛盾。先后矛盾,必然不堪一击,注定要失掉"辩"中的主动权。

论点如无可信的论据支持,既立不起来,又经不住驳。两者之间应水乳交融,万不可互相游离。

三十一、分析、论证问题,要求周密透辟,无懈可击,有很强的逻辑性。

有份写得很有特色的辩词，因推敲不够，夹了这样一段："被告人跟被害人确有扭推的举动。扭推是使被害人坠下车的条件，而非根本原因……（被害人）自己先推别人，结果因惯性作用跌下，这怎能归罪于被告呢?"其中重点，在于"先推别人，结果……跌下。"对此试作辨析——

第一，先推，如是事实，仅只能说明事件发生的缘由和责任的大小，还不能证明"跌下"之果是由此而起；第二，如果这"先推"的第一下就使推人者"因惯性作用跌下"坠地，那么，一开始就明确的"互相扭推"便不会发生；第三，由此可知在"先推"与"结果"之间，漏掉了、略去了"而后"这段关系重大的重要情节，使这"结果"来得突兀，缺乏可信性；以此为理由加罪或否罪，没有说服力。凡此三点，正说明病在不能达到周密透辟的要求，逻辑性差了些。

三十二、要讲究层次。基本要求是：有条有理，合乎逻辑。

在辩词中，哪些先论，哪点后说，应围绕主论点做出合于事理、明白清晰的安排，增强其说服力。

三十三、论证与引证不能混淆。

凡有引证，意思应完整，出处要具体。不能摘我所要，不可断章取义。援引法条，尤应准确。

三十四、论述"理由"时要注意不苛求被害人。坚决清除似是而非的歪理。

辩词以"被告人曾任党委书记，其间为党做了大量工作，此番对女工施暴，属一时失足"为理由，请予轻判。公诉人立即作答："正因为被告人是党委书记，更应严格要求，必须从重判处。"如此轻轻一点，辩词中的从轻条件竟又转化为从重的根据！歪理难立，于此可见。

三十五、最忌强词夺理。广西某强奸案的辩词有这样一段："被告人……施行的暴力是很严重的，手段是凶残的……但这是犯罪之初实施的，后来已收敛。"经查本案被害人在一个多小时之中

被强奸四次,奸后衣服扒光,手足紧捆……如此这般,"收敛"之辩就应视之为"开脱",与律师的辩护职责毫不相干! 本案被告人依法被处极刑,执行枪决。

三十六、辩词中不能掺杂冷嘲热讽。

在法庭上尊重公诉人与审判员,是职业道德的要求。一位律师在辩词中说:"听了公诉词,仿佛看到了一个当代的'过于执'!"这种嘲讽式的无端指责,只是显示着律师的风格不高,于公诉人无损,于实际无补。

三十七、合法的、正当的、适度的"请求",乃辩词中的应有之义,或者说,重要部分。有位学者说:"对于有罪判决的建议,不应提出对刑期的具体意见。"这个说法有片面性。例如对于符合刑法第六十七条的规定的案件,就理应具体地请求对被告人宣告缓刑。

三十八、应当明确:辩护词是律师参与刑事诉讼各阶段工作的基本总结。

这里应注意两个要点:一是"各阶段工作",一是"基本总结"。

有的辩词中的"时间紧迫,本律师未能充分准备"云云,该清除了。

三十九、发表辩护词,就是发表演说。

演说,是人的素质修养、精神风貌的艺术性体现。古希腊、罗马的演说大师,把演说看作"一种道德完美的艺术",说得多么精辟,有着多么丰富的内涵,多么值得反复玩味体会! 多么令人神往!

四十、写好辩词并善于表述,要求有较高的水平、丰富的知识、执著的精神、谨严的作风、哲人的胸怀、诗人的激情、语言大师的文采、演说大家的风度;长期锤炼,"万物皆备",或能有成。然而既然有志于此,就理当倾尽全力,进发峰顶! 加把劲呵,朋友们!

1992 年春,北京

问须工巧，答宜避拙

如何“问”，怎样“答”，是律师实务的重要内容。问与答不仅是律师执行职务中的权利或义务，而且是实现律师职责的一个手段，是一种特殊的调查研究方式，因而律师工作中的巧问妙答就成为一项基本技能，需要不断总结，不断提高。

试分论之——

一、问，在诉讼中是律师的一项权利，现行诉讼法规定为“发问”；在非诉讼法律事务中，举如在解答询问、参与谈判中，则表现为提出问题。它们无不源于客观上的需要。

发问、提问，无疑都含“进攻性”；但有经验的律师大都善于适时、适度地在其中注入“防御”因素，以利于达到既定目标。

二、把握住“问”的目的最关紧要。

在诉讼中发问，目的是帮助法庭查核事实，发现真实，为实现辩护或者辩论职能创造有利的条件。

在非诉讼法律事务中“提问”，目的在于通过寻真、排疑、求同，获取最大的信息量，明确问题的焦点，以利于解决问题。

三、围绕上面所说的目的，在诉讼进程中“发问”，应有以下五点基本要求：

（一）所发的问题，应在搞清基本事实或搞准主要证据上居于重要地位，或者说是关键性的一环。

（二）应有助于把握住进行辩论的基本事实和主要材料。

（三）应有助于否定不实的、虚假的情节和不可靠的、不可信

的证据材料。

（四）应有助于揭示某些证据之间的矛盾因素，包括被害人的先后不同的陈述。

（五）应有利于突出“己方”所举证据的可靠性，为辩护、辩论打好基础。

这五点要求，在实践中应从“整体上”加以把握，其中心点是事实与证据。怎样才能达到这些要求？关键在于吃透案情，对案中主要证据、主要问题的各个侧面，做到了如指掌。

四、在非诉讼法律事务中“提问”，另有如下的五点基本要求：

（一）所提问题，应有助于互相交换信息。

（二）应有助于搞准情况，增加理解。

（三）应有助于搞准对方当事者的意图。

（四）问题本身要简明扼要，措词不含混，意思不闪烁。

（五）在表述上要有感染力。

五、发问、提问，都应讲究方法，以下四条带有“共性”，理当遵循，即：

（一）要有的放矢：应从案情的实际出发，明确“的”在全案中的位置与作用，据之以提（发）问。

（二）区别不同的被问对象：要因人而异（身份之异，各种条件之异，等等）地选取提出问题的方式。

（三）区别不同的问题：要因事而异地选取提出问题的角度。

（四）启发而不诱导：启发，可能将对方之答引向真相；诱导，因暗示答案而可能导向虚伪，且为法律所不允许，可引而不能诱。

六、研究“问”的技巧，不是小题目，大有文章可做。

讲技巧，不能离开实际。研究“发问”的技巧，不能离开诉讼的实际。

七、实践的不断发展，将推动技巧日趋精妙；实践越勤，技巧越工。

以下各条泛论，出自对技巧的概括；具体运用，仍应回归实际。

八、发问，首先要明确意图，说明或者解决什么问题，忌为发问而发问，走过场。

九、不可满足于“问什么”和“怎么问”，尤应考虑到对方会“怎样答”，想清楚那样“答”后又怎么办。

十、何时就某个具体的问题发问，要注意时机。一般地说，在法庭调查某项相关的证据时为最佳。

十一、问题本身如果复杂或者较大，应于事先设计出发问方案，包括：从哪个角度提出问题；提问后可能得到几种什么样的回答；对于“回答”是否需要以及如何应对；对较大问题加以分解，并按分解的内容设计出发问的系列性要点，等等。

十二、要善于引领对方将“回答”纳入真相的范围和“事实”的轨道。例如为此可根据对象的主观情况，参照其他证据，设置一个“肯定性”的前提，使被问者在答时不致悖离实际，不易含混其辞。试举例说明——

被害人自称，从远郊来市里寻亲，因迷路而为被告人诱骗强奸，报案时将迷路原因归之为“初次进城”。对此，卷中材料的疑点很多。为查核是否初次，对被害人有三种“发问”：(一)“你来过市里几次?”(二)“你这回是第几次到市里来?”(三)“你每次来市里，是否都是坐长途公共汽车?”三问相比，唯第三种能使回答符合客观实际甚明。

十三、要善于通过“问题”变被动为主动，务必防止因问得笨拙而失去主动。这在民事、经济诉讼中应特别注意。

十四、问什么，怎样问，都应从实际出发，其中不能忽视被问对象的“实际”，主要指：他的理解能力、记忆能力、表达能力以及他在庭审中的异常表现。

十五、“问”应具体，不宜抽象，也不能概念化。问得具体，方能保证得到具体的回答。

十六、应问之点如多，则应考虑问的顺序，还应讲究有条理，使诸问题能够环环相扣，以加强它的逻辑力量，增强客观性和说服力。

十七、要适可而止，做到含而不露，意在言外。有的问题，无妨“蜻蜓点水”，大可不必“一泻千里”。

但在特定情况下，又无妨一问到底。法律没有律师只能发问几回的限制，这里需要坚定和毅力。总之一切服从诉讼的需要。发问是否必要，取决于案情，而非个人的意念。

十八、不问与本案无关的问题，不问与案中证据没有联系的问题，不问众所周知或者显而易见的问题。

十九、在发问中要注意观察对方的反应，借以测出：(一)问题是否适当、适度；(二)答中是否含有水分或留有余地。

二十、对证人发问，在刑事诉讼中要善于及时地断定证言有利于控诉还是有利于辩护。如属后者，应通过发问使其重点突出，更富证明力；如属前者，应着重组合其他证据去发现和揭露它的漏洞或矛盾点。举实例说明——

黑龙江省一强奸案中某证人作证，说：“五·一晚上十点多，我到院子里小解，看见王某(案中被告)穿着烟色‘的确良’上衣，走进村头高粱地；因高粱挡着，他走进去就看不清楚了。不一会就听见女人哭喊声。以后听说，老李家的二姑娘被强奸了。”

证人用一串间接证据，摆出客观姿态，意在证实王某的“强奸罪”成立。可是辩护律师从证言细节中发现了漏洞，用一系列的反问，从根本上揭示出证言的虚假，他的发问如下：

(一) 北国5月1日夜十时，天色漆黑，村中未设路灯，证人又是高度近视，你凭借什么看清认准是王某走入高粱地？凭借什么看清王某上衣的颜色，而且竟能辨出是“的确良”面料？

(二) 5月1日，黑龙江高粱刚刚播种，说高粱挡着视线，有什么根据？

(三) 经实地勘察,你(证人)的院子设有围墙,高粱地的方位在房后有墙挡着,院门对着的是一片草地,怎么会从院内看见有人夜入高粱地?

(四) 夜深人息,四野寂寥,既听弱女哭喊何不救援?

有此四问,彻底揭示了证言的虚伪,最终迫使证人承认作了伪证。

在民事诉讼中对证人发问,应运用的技巧与此相通。

二十一、证言的错误如源于记忆有偏差、表达不准确或者生理上有缺陷之类,发问时则应十分细致,特别委婉,处处注意做到机巧。

二十二、对证人发问,不允许施加压力。时闻律师于发问中告诫证人:“不讲实话,要负法律责任!”有时会听到这样的回答:“我讲的就正是实话!”请看,原本是一种积极进攻的手段,一语不慎,陷人被动,而且很难挽回。

二十三、要观察并把握住被问的证人的精神状态,举如困惑、疑虑、紧张、恐惧、轻佻、傲慢、疲倦、沉思等等,由此出发,确定怎样针对“这一个”来发问。

二十四、对鉴定人发问,要针对“鉴定结论”中涉及的专门性问题或关键问题,从学理上提出疑点并要求作出科学的说明。

例:就死者两腿内侧的皮下出血是何时由何物所致鉴定,“鉴定报告”的结论是:“生前手足之类物体暴力形成。”律师曾问鉴定的法医:(一)用手形成,或可断定;由足形成,从何查知?(二)用“力”形成,或可理解,此力属“暴”,有何依据?被问者语塞,竟然说出“水平不高,就这样认识”!这样缺乏科学根据的“认识”,显然没有证据的证明力。

二十五、鉴定人如对他鉴定的事实作出问题性质的法律判断,例如会计师事务所鉴定某人挪用款项应认定为贪污,则应通过发问,揭露它的越权及其鉴定不具有证据的效力。

二十六、对被告人发问,关键在于从辩护与辩论的角度查核事实。

被告人在庭外对律师说明的事实材料,只有通过庭审发问才能起到证据的作用。

二十七、刑事被告人承认犯罪,应通过发问弄清他的犯罪动机、犯罪手段等等。

被告人翻供,应问明原因。

二十八、对于书面证言的可靠性,务必通过向被告人发问加以肯定或予以否定。

二十九、要善于揭露“用非法的方法搜集证据”(《刑事诉讼法》第三十二条),从而证明这类证据的虚假性。

三十、概括地说,发问是一项复杂的诉讼行为,从原则到技巧,都不可能产生一致的或一律的“模式”:诉讼不同,案情不同,发问的技巧必然也各异;故应不断锤炼,不断创新。

三十一、在非诉讼法律事务中如何“提问”?在研究其技巧时应先明确提问的目的,主要是:通过寻真、排疑、求同,获取最大的信息量,明确讨论(争议)的焦点,解决问题。

三十二、非诉讼法律事务范围广泛,技巧问题不仅不能划一,而且必然更细。其中有一些又与“发问”技巧相似或相通,此类略而不述。

三十三、提问时,特别是在参与项目谈判中提问,要审时度势,站在(谈判)全局的高度,使所提问题得以逐步地控制谈判态势,影响大局,驾驭整个协商过程。

三十四、要善于引导。方向是“问题”的中心或关键。重点是从模糊不清的问题中抓住主要环节,以利于事件涉及的事实更加清晰明确,进而决出主次。

三十五、提问的重点往往不在“问什么”,而在“怎么问”;一要选角度,二要择时机——忌操之过急。

三十六、提出复杂的问题，要摆出“问题”涉及的方方面面，尔后抓住实质，明确焦点，促使有关的当事人作深入思考。

三十七、如属难题，则应说明症结，讲清道理，共同探讨解决问题的途径与方法。

切不可泛泛地问，那样注定只能得到泛泛的答，不能解决问题。

三十八、要善于用“设问”代替提问，以便于创造谈论问题的和谐气氛，以利于达到求同。

三十九、要尽量弄清并考虑到对象的个人特点：职业、职务、水准、气度等等，使所提的问题易被理解，易被接受。

四十、要留有余地，以利于回旋。不是万不得已，不能把人逼上死角。

四十一、不论在哪项实务中，答问通常是一种义务，作用主要是通过对对方问题的肯定或否定，进行解惑或者释疑。由此可知，答问并非总是某种被动态势，其中应含主动精神，有时应带“进攻性”——防御中的进攻。

四十二、一般地说，我们在实务中往往对于“问什么”或者“说什么”想得多，而对于“怎么答”则思考较少，如不扭转，难免失误。

律师之“答”主要有两个方面：一是回答询问，一是答复质疑。如何答对，要据此分别做文章，不宜相混。

四十三、基本要求有三：准确；适度；诚恳。准确包括事实与法律两个方面，不必细论；所谓适度，是指既要讲究分寸，又善留有余地；诚恳之意主要指：绝不可强不知以为知，绝不能故弄玄虚或故作高深，令人生疑甚至生厌。

四十四、怎样才能达到上述要求？除积累知识、经验，不断增加智慧、增强本领之外，一靠思维严密，二要反应敏捷，三应锻炼应变能力。

四十五、回答，务必有针对性。绝不可以答非所问，也不能

“顾左右而言他”，总之不能给人以言不及义的印象。否则就是失职。

四十六、回答，应尽力做到使人明白“己方”的真正意图和具体要求，认真、坦诚，无须藏拙。

四十七、对于一时难以或竟不能回答的问题，可要求“暂停”，研究后再答；但切忌以“未作准备”为口实而拒答，因为我们是律师！

四十八、应知而答不出时，要敢于承认缺点与不足，无须掩饰。

四十九、答问不可以“顺竿爬”，故意把人引入歧途，因为它无助于问题的解决。

五十、答，既要讲科学，更应讲艺术。由此可知，“避拙”只是一种要求，日臻“妙”境，才是我们的目标！

1991年春

律师参与谈判

谈判，著名的唯物主义思想家培根把它看成是“发掘事物的过程”，也有学者把它看成是“人际关系的表现形式”，或者说它是一种“行为工具”。客观上存在着不同形式、各种规模、内容互异的谈判，而我们这里的讨论，则仅限于律师参与的关于经济法律事务的谈判。

一、谈判的一个突出特点是，谈判各方都在为己方谋取最高效益的基础上进行着分析、论证、比较，不可避免地会有讨价还价；因此，在这个过程中，必然会有争论。各方都会运用于己有利的策略，提出可供协商的方案；也会出现僵局，甚至最终导致决裂。当然，其最佳效果则是各方在主要之点上取得完全的一致，正是在这个意义上，美国谈判学会会长尼尔伦伯格律师提出了一个著名的论点：“一场圆满成功的谈判，每一方都是胜利者。”这无疑是个发人深思的卓见。我们认为，律师参与谈判，其使命正在于此：促使它的成功。

二、律师实施这一使命，无非是两种身份：或是根据授权，充当主谈，或是根据聘请，充当顾问；但不论基于哪种身份，归根到底，律师主要是起着谋士、智囊一类的作用。即使是授权主谈，那“授权”也应有节制而不宜太满。所谓“全权代表”，在这项事务中弊多利少，很不妥当。一个浅显的道理：不受全权，律师在主谈时将更有回旋余地；对谈判的对手来说，他们提出新方案、新要求，也可能因此而更有分寸。对于律师来说，在委托人充分信赖、授以“全权”的情况下，更要充分地估量到“个人的”种种局限，绝不可在

谈判中就重大问题自作主张。

三、律师参与谈判的起点在哪里？归宿在何处？

我们的回答是：一切都起自对问题（磋商的题目、项目）的法律思考。中经正确策略、灵活方法的适用、应用和对各种可变因素（情况）的预测估量，以期得出合理、合法的结论性意见或者见解，起到谋士和顾问的作用。简言之，即：起自分析客观情况，归于实现客观要求。重要之点在于：在起步到落脚的全过程中，搜集信息，客观分析，综合比较，善于决断，这四点应体现在每一项工作上，贯彻始终。

四、谈判是一种艺术，是一门科学，是一个艰苦的"求同"过程。为了使这一过程合乎科学的要求，达到艺术的境界，最终达到"同"的目标，需要制定与之相适应的比较合理、相当周密的工作程序。总结实践经验，其程序可分为三个阶段设定，即：

（一）准备阶段：了解谈判目标；思考谈判的整体构想；进行意向接触；帮助委托人确定协议。重点在于用客观态度去分析、研究涉及谈判和谈判对手的客观材料，不主观片面，不随心所欲。

（二）实质性谈判阶段：就项目、合同（或协议）草本提出法律见解，磋商细节，修正策略，修改最初方案。工作重点因律师在谈判中的身份而有两种侧重：律师作为主谈人，重点在于提方案，出策略；作为参与者，重点则在提建议，答咨询。要注意不能对"答咨询"作泛泛的理解，这里除了准确回答谈判对手提出的法律问题以解惑释疑之外，还应密切关注谈判的进展，对于对方提出的新建议或者做出的新让步，应及时给予法律上的解释，供主谈人思考。

（三）签约阶段：修订或根据授权制作合同正式文本，参与签署。工作重点在于：注意并促成签署的合法性，拟定合同的最后文本。

五、方法与技巧。

谈判既是艺术，其中就必有方法与技巧。实践中也确有学者对此做过认真的探讨。在尼尔伦伯格律师那本"驰誉世界"的名

著——《谈判的艺术》中，按照他设计的谈判结构加以排列组合，有一百二十六种方法和技巧，供实践者选用。他的论列，一方面突出了方法和技巧问题的“可知性”及其重要作用，另一方面无疑又给方法与技巧问题蒙上了一层薄薄的神秘面纱。他自己这样说：“这仅仅是一种组合方式。如果把它们的范围和含义进一步扩大，那将是千变万化，无穷无尽。”难道真是这样“神”吗？我们研究的重点是实务，那就理当让理论归位：回到现实中来，归到实践上来！

试来研究一项谈判的全过程和律师在其中的主要活动，不难发现：在排列成行的方法与技巧这类问题上，作为律师，需要认真研究、灵活运用、不断提高的，不外乎以下三个方面：

（一）提出问题。

谈判作为一个存异求同的过程，其间会有探讨、有磋商、有妥协；也会起争执、做让步；有进有退，各方都在为一个目标而进行着交锋与交流。提出问题，就是这种交锋或交流的一种表现方式。

提出问题是为了解决问题。这就要求：所提的问题有助于获取最大的信息量，互相交流信息，以利于增加理解，沟通思想。

为了解决问题，提问便应审时度势，站在谈判全局的高度使所提问题能逐步控制谈判态势，影响大局，驾驭整个协商进程，把讨论引入通往目的地的坦途。为了使提的问题能够达到预期目标，还应从方法论的角度对“提出问题”本身提出三点具体要求：第一，提出的问题，有助于弄清楚真实情况，有利于摘准对方的真正意图；通过对方的回答而得到信息反馈，又能摸清对方的实际需求。第二，问题有可能促使对方对谈判中的难题、曲折乃至障碍做深入的思考。第三，问题应简明扼要，措词不含混，意思不闪烁；态度真挚，语气热诚，在表述和表达时富有感染力。

至于提出问题的具体方法与技巧，总结实践经验，可得以下六点——

1. 问什么，目的性要明确，即打算解决什么问题，要心中

有数。

为了解决这个问题，最好设计出系列性的提问方案：哪个问题、从哪个角度提；提出之后会得到什么样的回答，对于新的“回答”，又如何应对？

2. 不可泛泛地问。泛泛地问，注定只会得到泛泛的答；不解决问题。

不可诱导地问，问时诱导，回答往往“顺竿爬”，含虚假成分，解决不了问题。

3. 难解决的问题，提时不妨说明症结，讲清道理，推着对方向“求同”靠拢。

4. 复杂的问题，提时宜摆出分歧的焦点，指明问题的实质，促使对方深入思考，做出反应。

5. 在辩论高潮时提问，可以设定“假定如何”一类的条件，用“设问”代“提问”，以利于缓和过于严肃的气氛，以利于达成妥协。

6. 提问时，要千方百计地弄清并考虑对手的个人特点：职业、水准、风格、气度等等，使所提问题易被理解、易被接受。

（二）观察对象。

这是一个相当复杂、含有风险的命题。

对事物或事务做客观、冷静的观察诚然是必要的；但问题在于，借助于察言观色去做判断——判断活生生的对象身上、心中饱含着的活生生的“问题”，行吗？准吗？

人的举止，反映感情、说明情绪，举手投足，眉目传“情”。关键是能否明察、洞察，能不能理解得恰到准确处。

举止，感情，情绪，无不传送着没有言辞的更为微妙、有时也是更为鲜明的信息，有的又传递着谈判对手的思路。这样，以搜集信息为手段的经济事务谈判，有什么理由不重视它呢？面红耳赤，表示感情激越，不满外溢；眉开眼笑，来自希望在手，轻松得意。这些大都不会发生歧义。由此说明，在谈判桌上对于对手细细观察，毕

竟有利无害,有时是很必要的。

然而实践又经常提醒我们,现象有真假之别,你所观察到的举止细节如果不是真情流露而是假象,此中就会带着风险了。倘若对手老谋深算,故意制造假象以掩盖真情,那就更得谨慎从事,小心上当了。

经验证明,正确的方法只有一条:首先要重视观察表面现象,尔后要透过那五光十色足可惑人的现象,去抓出并且要抓住表象后面的本质。所谓透过现象看本质,在这里同样适用。

(三) 回答质疑。

回答问题看似简单,最易被人忽略甚至忽视。令人困惑不安的是,我们参与谈判的许多人,通常都是对"说什么"想得多,而对于"如何答对"则想得少。经验告诉我们,在研究"答对"的方法时,首先有一个更换思路的问题。

回答问题,除了应当具备经济事务谈判必需的知识、经验、智慧以外,对参与谈判的律师来说,还应有特殊的要求,主要是:思维严密,反应快速,有应变能力,有在成功路上坚持到底的毅力。

关键是勿忘"君乃律师"。这样,在回答问题时就会注意区别不同的问题,区分不同的情势与时机,并能够以谈判的具体进程为背景,分别做到:第一准确;第二适度(既要得当,又应得体);第三留下回旋余地。更会牢牢把握住一个总的目标:通过回答,解惑释疑,给对方以合作的前景相当美妙的信心,推动谈判得以顺利地向前发展。

有必要补充说明一点:方法必须讲究,技巧应当掌握;在谈判实践中也绝不能低估方法与技巧的效应和作用。但是,它们毕竟是从属于任务和原则的居于第二位的事务。还应着重指出,它们不仅服务于、而且源于实践。

1991 年 4 月 1 日

“三辩无罪”辨析

——证据札记

我们的辩词应成为律师实务这门艺术中的精品。有志于此虽久，但终未能达到这种境界，故深知其中艰辛。因此每读佳作，常兴奋不已；倘见失误，辄推敲再三。《律师与法制》第二期的《三辩无罪案》，作为案例，得失互见。故不揣浅薄，作辨析。

桐庐陈士贤律师是富有经验的高手，他从分析起诉书与判决书的矛盾点入手，反复思考，敏锐地抓住了问题的症结，尔后通过对证据的分析比较，具体地揭示了一审判决的“事实不清，证据不足”，进而确立辩护的基本观点。这使他的辩护活动得以达到应有的效果，很值得学习和借鉴。只是由于这不是辨析的主旨，故不细论。

细致地研究各方在徐财盛“伤害”案中的论点，觉得我们律师的辩词还不像《三辩无罪案》作者所说的那样“无懈可击”。一个突出的问题：律师提出了被害人的坠车“是他自己推被告人，因惯性作用才跌下车的”这一很有分量的结论，然而却缺少可靠的事实和充足的证据作为论据，所作的分析也欠缺严谨的逻辑，不见可信的理由，因而还不能令人折服。谨从《三辩无罪案》所引的律师辩词中提出几个问题，略作说明，借以与同行共同探讨——

第一，辩词并没有辩明事实，试分三层说明：

（一）“扭推”与“推”，这是两个不同的概念，在本案中又是差别很大的不同情节。辩词在说明事件经过时，用“扭推”；而在下结

论时,又变“扭推”为“推(人)”,这就产生了一个问题:二人的“互相扭推”,于何时又怎样地变成一方的“推(人)”了呢?诚如辩护人所意识到的,这可真的是问题的关键所在!可惜没有得到正确的解决。

(二)辩护律师断定:被害人“先推别人,结果……跌下”。这个“先”字要紧。有先必有后,于是生结果。在这里,“先推”与“结果”之间,显然漏了“而后”这段至关重要的情节。这样,所得的那“结果”就显得突兀而缺乏说服力。

还应指出:“先推”,只能说明事件发生的缘由和责任的大小,并不能证明“跌下”的结果由此而起。事情很明白,如果“先推”者的第一下就使他因“惯性作用”而坠于车下,那么,我们认可的“互相扭推”就根本不会发生。这又从一个侧面印证,在“先推”之后,确实发生了“而后”的情节,坠车“结果”正恰恰发生在“而后”的情节之中是合于情理的。

3. 从辩词中,我们能够体察到律师对于案情的分析有他冷静审慎的一面。他说:“(被害人)坠车的直接原因有多种可能。”这种分析客观公正、恰如其分,体现着我们律师的立场、方法和风格。可惜未对这“多种”逐一剖析,竟一转笔锋,变“多种可能”为一个现实,即:“因惯性作用(自己)跌下车”。假定这一点合乎实际,那么,上面所说的“多种”是怎样排除的呢?尤为重要的是,这唯一的“直接原因”又是根据什么“判明”的呢?还有:当二人“互相扭推”之时,所谓的“惯性”是朝着哪里、哪个方位运动的呢?这里有一个至关重要的细节缺乏证明:扭推既发生在二人“互相”之间,怎见得不是相互揪住、扭在一处?如不能提出根据准确地回答这些问题,难免给人这样的印象:把“扭推”换为“推(人)”,仅仅是为了证明那“惯性作用”确实曾经产生过。无需详述,这一点是辩词的立论基础,是关键的关键;如果这一点从根本上发生了动摇,辩护律师的基本观点也就必然地会随之而动摇。

第二，辩护律师用以证明被害人自己跌下车的论据，不足以使人信服。

按照《三辩无罪案》作者介绍的辩词内容，我们把律师摆出的论据分为两类，逐一剖析。其一是从被害人方面寻出来的，如下：

辩护律师以反问的方式提出了一个论断：被害人果真是被人推下了车，“能不向自己的妻子诉说吗?”是的，可以认为有些人或者很多人不会不向妻子诉说，但是，即使“一般如是”，又怎能排除“有此个别”? 况且，很难保证在互相扭推、情绪激越之时，当事者对每一事实的判断都准确无误，因此即使“诉说”了，也不能就据以证明律师得出的结论符合实际。

“为什么不向仇人的女儿发怒?”姑且不来衡量“仇”字的分量，即便仇恨满腔，有什么理由必须向“仇人”之女发泄? 我们似乎没有理由把教养、修养、涵养、性格、风格、作风、态度、风度……千差万别的每一个具体的人，在此时、于此事都镶嵌在一个模式里!

律师为了加强上述两个论据的证明力，特意补充说：当时被害人的“神志是清醒的”。是的，清醒的! 惟其清醒，所以无需诉说，所以无由发怒。难道不是这样吗? 由此可知，“神志清醒”云云，在这里不能起到证明的作用。

再一类论据是从被告人身上得出的——

辩护人说，“被告人下车后立即怒气冲冲地要冲上去打……被害人”，从而断定他在此之前吃过亏。这种断定，失之武断。因为怒冲欲打同“吃过亏”之间，没有必然的因果关系。所谓吃过亏，这是结论；试问引出这种结论的根据是什么呢? 到底吃了什么性质的亏，其程度又如何呢? 如果这吃亏仅仅是源于“互相扭推”，那么，辩护人不是也曾指出，“这种扭推行为，双方都有过错”吗? 在“过错”双方均沾的情况下论“吃亏”，何所指呢? 退一步说，被告人果真因被害人的某种动作而吃了亏，这在全案中又能说明什么呢? 这一点有什么意义呢? 这一系列的问题，都应有明确的回答。

再有：用下车欲怒打这个细节来说明被告人“不知（被害人）坠车”，尤其没有说服力，会给人以用想像、凭臆测来代替事实的印象。事实是：被害人当时明明躺在车下，而且是“被人挟着，受了重伤”！辩词还说，倘若真的是被告人推被害人坠车，他就不会怒气冲冲，其心理状态“就会感到得意”。人们有理由这样地提出问题：这不是科学的心理分析；面对“坠车、重伤”的此情此景，有什么理由一定会“得意”？

至于说被告人如知被害人坠车，他的报复冲打行为就无法理解。这实在过于牵强。辩词不是认定他吃了亏吗？吃亏（包括被害人赖摊运费）而后思报复，于是欲冲打，又有什么不可能呢？

总而言之，这些论据有懈可击，还不能用来证实律师的论点可以成立。

最后，还有一点也不是不重要的：被告人“再三”对律师说，“是钟某（被害人）打他，他被钟推倒之后，等他起来钟已不在车上。不知怎么的，钟已掉在车下了。”这段叙述，涉及案中的关键性事实。所谓“被钟推倒”，未见根据；但“互相扭推”却全然不见了，于是被告人变成了被害者。这不是辩解，这是开脱。我们对于这一类“开脱”应当有相当的估量并作出相应的评论。

这些辨析，既然是为研究如何提高我们的辩词水平而作，自当从中引出启示，如下——

一、律师参与诉讼，自始至终都应尽力做到：着眼全局，抓住要害，兼及全面，有所侧重。

全局，指案件的基本情况，全貌；全面，指综合各种情况与各方观点；而所谓侧重，就是在全局、全面的基础上从律师的角度去考虑于当事人有利的一面。实践证明：单纯从所谓有利的一面去分析问题，往往难以“去伪存真”，有时也不易达到“由表及里”，不易抓住要害。

抓准要害，有个方法问题。本案辩词在否定起诉一方的主要

论点时,用了最为直截了当的办法:否定控诉证据。这本来是很有力的;但这种否定几乎全是运用推理达到的,那就必须有与案件事实有内在联系的证明体系作为前提,或者,至少也应有那些真实可信的事实和证据作为前提。不然的话,推出的结论不会有说服力,也就是要害未被击中。

二、分析问题务必客观、准确、细心、求实。我们从徐案辩词中提出三方面的问题,略加说明:

(一)分析起诉书。研究徐案起诉书,应当承认它对主要事实的表述是客观的、审慎的。起诉书只是说"相互扭推致被害人钟某倒栽下车"。这里既没有讲是谁"致",又没说如何"致"人栽下了车。它说的是"相互扭推"之中或者之时,导致了钟某跌下的结果。至于"倒栽"的说法因未见鉴定书,不敢断定是否合乎实际。但由于"倒栽"这一细节与"被人推下"或者"推人自跌"有关,故不可轻易放过。总之,不能对它持有偏见。

我们并不赞同起诉书的"结论"。它一面认为问题起自"相互扭推",一面又认定扭推的一方犯了伤害罪,其中矛盾不能自圆。抓住这一点细细剖析,足可动摇起诉的立论基础。

(二)分析证言。证言的形成具有复杂性,往往真伪混杂,故在分析判断时应特别细心、周全,否则极易失误。比方说,徐案"有三个人作证是被害人推了被告人徐财盛,同时自己跌下车来"。这个证言含混其辞令人生疑:(1)"推了",推中没有?如已中,被推者在挨推后的状态怎样?这一推,于"惯性作用"有无影响?(2)这个"同时"使推人者跌了下去的一推,证言的表述是:推了被告人同时跌下车。而他们的实际意思是:推人时自行跌下,这有"同时"之说为证。按"推了"是一个动作的完成式,而"同时跌下"却反映了一个"推一跌"之间的过程。这点细微的差别,于判断事实关系重大,必须细致分析。证人的本意想说"推时",却使用了"推了",其中的矛盾只有求助于其他证据,方能解决。

（三）分析辩护论点。辩词须以科学的分析为重要基础，它本身又应经得住科学的分析。徐案辩词在分析“扭推是使（人）坠下的一个条件，而非根本原因”之后，紧跟着形成了一个判断——“扭推不一定就使人跌下车”，从而构成辩词的一个分论点。这个论点经不起推敲，稍加分析就显出它的模棱两可：既是不一定，当然也就存在着可以使人跌下的另一种可能。我们不是也承认它是可以使人坠下的条件吗？那么，这两种可能的哪一种符合实际呢？看来上述的判断并没有解决问题。究其原因，毛病出在对问题的分析不够准确，因而形成的论点也就不会正确。

三、律师参与诉讼，既应客观、冷静，又要满腔热情。但这是两个不同的层次，首先是客观冷静地分析问题（事实、证据和理由），尔后才满腔热情地帮助被告人，为之辩护。本案律师运用的两个主要论据——“对妻子诉说”和“向仇人女儿发怒”，都带着热情有余而客观冷静不足的特点。关于坠车的原因的分析也是。在这里想大胆地提出一个问题：各方对于“相互扭推”都不否认，但各方单独举出的坠车原因又互不一致，而且都没有可靠的证据，那么，坠车在相互扭推的过程中发生，比方说，怎么可以排除是“意外事件”呢？这也仅仅是一种推论，有待于证明。本案的要害正在于事实不清，证据不足，客观冷静地考虑问题，当能得出这个结论。这个结论无疑也是对原判决的根本否定。

四、无懈可击的辩词，最关重要的是，要在立论上既站得住，又驳不倒。能被驳倒的，显然也就不会站得住。

做了这些辨析，绝不表明我们比徐案中的律师高明。明知浅薄而又敢于如此振振有辞，除了热爱我们的事业，愿为同行分担点创作这门艺术的精品的艰辛外，别无其他。还有一点必须说明的是：文中涉及的辩词的不足，不知是否与《三辩无罪案》作者的摘引有关。

1985年夏，北京

附录:《三辩无罪案》

“被告人:徐财盛,男,现年六十七岁”。法官用严厉的口气,宣读着判决书:“本院认为,被告人徐财盛故意伤害致人死亡,已构成犯罪”,“对被告人徐财盛故意伤害罪,判处有期徒刑三年”,“如不服本判决,可……提出上诉”。

一听“上诉”两字,徐财盛顿时冷静下来,不但要上诉,还要请一名仗义执言的律师!徐财盛怎能服判呢?他料想不到,姓钟的和自己合伙租用货车后会抵赖分摊运费。他还想不到,为了那么一点运费的争吵,才三十八岁的男子汉会跌下卡车,而且竟然会摔死。他更想不到,姓钟的自己摔死,却要拿他问罪,被扣上“铐子”。他百思不解判决书仅用“在扭推中被告人致钟倒栽车下昏迷不醒,抢救无效死亡”的字眼,含含糊糊地判他徒刑。

就这样,两男两女奔向桐庐县找到陈士贤律师。老陈研究了一审起诉书和判决书,果然有值得推敲之处。“两人发生争吵并相互扭推致被害人钟某倒栽车下,昏迷于地”(起诉书),“双方扭推,在扭推中被告人致钟某倒栽于车下昏迷不醒”(判决书)。被害人是怎样从车上掉下来的?只是含糊其辞,一笔带过。换句话说,没有被害人从车上掉下来的直接原因。

他心里有了底,此案的重点就是查清被害人如何从车上掉下来的,一切工作必须从此着手。他赶到中级法院,待结束阅卷工作,来到下榻处冬夜已是寂静无声。

第二天,他返回看守所会见徐财盛。徐激动而又苦楚地再叙了此案的经过,向律师再三申说,是钟打他,他被钟推倒之后,待他起来,钟已不在车上,不知怎么的,钟已掉在车下了……。陈律师耐心地听完徐财盛的话,接着又从其他角度询问了被告人几个与此

案利害攸关的情节。

陈律师为了获得充足的证据,还必须前往被告所居住的村庄。

在小山村里,他找到了一位检、法部门都未找到的重要证人,补充了强有力的证明材料,还重新核实了两位证人证言,并找到了钟某的妻子。

他对八位证人的证词加以分析和对比,发现:中有三人作证是被害人推了被告人徐财盛,同时自己跌下车来;有四人说没有看清或者说没有注意当时的具体情况;只有汽车驾驶员赵某讲,是被告人将被害人推靠在车厢的拦板上,然后钟跌下车的。

为什么驾驶员赵某跟其他七位证人持不同说法,这之中有何原因呢?

陈律师又走访有关人员,迅速查清了其中奥妙。原来这个驾驶员与钟某的私人关系向来不错,钟某还曾给其介绍女朋友。这次钟某与被告人为运费而争执,就是由赵挑起。案发后,他作了如上的证言。为了掩人耳目,赵还跟知道他和钟某交情的人说,不要对政法机关说起钟为他介绍女朋友的事。有无偏心,显而易见,当然这究竟还不是最为重要的。

陈律师运用了逻辑上的反证法和心理学的观点来具体说明赵某的证词不可采信。像大多数文人那样,陈律师也喜欢在夜晚疾书辩护词:"钟某之妻和被告之女证明,钟某于5月8日至10日,在住院治疗期间,没有谈起他是怎样从车上跌下来的。如果真像赵某所说,钟某是被徐推下车的,他能不向自己的妻子诉说吗?他能不向仇人的女儿发怒吗?他的妻子又怎能不据此向司法机关控告呢?要尊重事实,这几天钟某的神志是清醒的。

"还有,所有的现场证人证明:被告徐某下车后立即怒气冲冲地要冲上去打已被人挟住的、受了重伤的钟某,据此可以反面证实:一、徐在钟坠车前,确实吃了钟的亏;二、徐确实不知道钟坠车,否则,徐对钟的报复冲打行为就无法理解。事实要是果真如赵某

所说，是徐将钟推下车，那么徐的心理状态就会感到得意，同时也会担心钟坠车的后果，不至于不计后果地继续冲打钟某。……”

他开门见山地指出：“原审判决，对钟某如何从车上跌下来，这关系本案最重要的一个事实未作明确的判断，只是含糊其辞。这一事实不搞清楚，本案就无法定性，当然也谈不上追究被告人的罪责。

“双方当初的卸货之争、运费纠纷与被害人的坠车也无必然的因果关系。钟坠车的直接原因有多种可能，而不判明其坠车的直接原因就定被告故意伤害罪，显然不当。”

中级人民法院认为一审判决事实不清，证据不足，裁定撤销一审判决，发回重审。

桐庐县法院另行组成合议庭，对徐案进行了审理。

陈律师在庭上据理力争，以事实为根据，用科学的分析，得出被害人钟的坠车是他自己推被告人，因惯性作用才跌下车的。他发挥了律师所应有的雄辩之才，恰如其分地进行了辩护：“不错，被告跟被害人确有过扭推的举动，但这扭推与钟跌下车没有直接的因果关系。这种因为有互相扭推，才有钟的跌下，徐就应对钟坠车负责的理由，显然是站不住脚的，因为是使钟坠下的一个条件，而非根本原因，扭推不一定就使人跌下车……

“还有，这种扭推行为，双方都有过错，但主要过错是钟某，他违反约定，造成了纠纷的起因，先动手推人，推人与否是钟通过自己的大脑决定的，怎能要求别人预见？自己先推别人，结果因惯性作用跌下，这怎么能归罪于他人呢？”

无懈可击的辩驳，得体的言词，印在在场人员的脑海之中，可是，法院合议庭仍然认为是由于被告麻痹疏忽，方造成死亡后果，对被告以犯过失杀人罪，判处有期徒刑二年，缓刑二年。

律师又会见被告。被告已万念俱灰，心想已是残烛之年，身体孱弱，难以适应监禁的生活，再加上听到传言，若提出上诉，就不能

释放回家，为此，内心虽极其不服，但也只求先回家，后事再说。

律师讲清了上诉与申诉之间的关系，被告于是又恳求陈律师再担任他的辩护人。

陈律师欣然允诺，再次综合全部材料，几易其稿，针对重审定过失杀人的判决，写成新的辩护词，阐明自己为被告作无罪辩护的观点。

"这次法院的重审判决，根据原认定的含糊事实对被告定罪判刑，不同的只是罪名和刑罚改了一下，这与中院发回重审的裁定精神不符，如果根据原定的事实可以定罪判刑，依法中院可直接改判，何必发回重审呢？"

文中再次排出充分的证据，证实被害人是因自己推被告的惯性作用而跌下车的。

"本案涉及到的是罪与非罪的问题，而不是此罪与彼罪的区别。"提请中院撤销原判，宣判被告人无罪。

中院认为被告上诉有理，作出终审判决，宣告上诉人徐财盛无罪。

（附录原载《律师与法制》）

《郭政民受贿案辩护纪实》辨析

《中国律师报》1995年6月7日刊出(前贵州省公安厅厅长)《"郭政民受贿案"辩护纪实》(以下称《纪实》),发表《编者的话》说:"这是一篇不错的稿件",认为:"办理此案时假定方案运用技巧的情况有很好的借鉴意义。"话,挺有分量;实际则并不尽然,有的距实际甚远,编者的说法很不准确。《纪实》中讲的论点与方法和技巧,都有推敲余地,尤其是文中介绍的"辩护方案"在基本点上有违律师辩护的原则,故回应推论者的号召,作辨析,兼议《编者的话》。

遵循《编者的话》中的明示,拟沿《纪实》作者的思路先分析辩护方案。

任何辩护方案都必须以事实(情况)为基础和前提。

据《纪实》介绍的郭案案情,要点为:被告人"不过是为行贿人做了两件事,收了三笔款"。(以下引文都出于《纪实》)"第一笔3万元郭是以厅长基金名义收受的,本人始终未动用。第二笔款10万元是港商金某以给公安厅'挂靠费'名义转交郭的,郭也未动用。……第三笔款四万元是在郭妻生病期间送的,郭留下作应急用,应视为馈赠……。"针对案情,律师设计了"三套方案"为被告人辩护:"一是将收受的三笔款均作无罪辩护";第二套方案则是对4万元的一笔作无罪辩护,对10万元的一笔则从定性上"提出疑问"(不知何以不提那3万元的另一笔);第三套方案是"三笔款均承认构成犯罪,只作情节上的辩护"。方案设计者权衡了上述三套各自

的利弊，最后确定采用第二套。

横看三套方案，不见彼此之间应有的互补、互济或者通常会有的互相修正的关系。其醒目特色是：三者互相对立，“均作无罪”与“均承认构成犯罪”之间的冲突尤为尖锐。人们从三者的对立中首先会提出这样的问题：熟悉案情并作了如上高度概括的律师，怎么会在一个讼案中同时提出两种以上截然不同的判断？被告既然有罪（由《纪实》断定的“为行贿人做事收款”可以察知），怎么可以设计方案为之作无罪辩护？如果确乎无罪，那又怎么能“承认构成犯罪”？难道诉讼果真可以凭嘴皮子功夫解决问题吗？而作为同行，我们又有理由提出质疑：郭案的主要事实究竟是什么，定性结论又是用什么作为依据的？

郭案的这三套辩护方案，瑕疵明显。它们只是反映着律师对案件的思考过程，实质上是律师对于案件的假想、设想或者推断，总之还不能构成“方案”，因而并不可取，在实践中更不可如《编者的话》所说的倚为借鉴。

我们体验，一个（套）好的辩护方案，须能反映出相关讼案的焦点与本质，应当提供一把解决案件基本问题的钥匙。因此之故，它在客观上会构成对起诉书的修正、补充或提高，至少会在某一方面或某个环节或者某一点上高于起诉书的法律水准或认识水平。

为了达到这一步，制定方案要在大处着眼，小处着手。前者，除事实与法律外，应注重证据详实、观点明确、重点突出；后者，除案中细节外，宜顾及策略上的适度、分寸、实效。

就郭案而论，律师既已确定以上述第二套方案实施辩护，我们暂且不论该方案包括的观点是否正确，似应以“此”为中心拟定一个可供操作的方案。让我们还是沿着《纪实》作者的思路，提出方案包括的主要内容，大致应有以下几个方面：

一、从整体上分析与论证同起诉书的分歧主要在哪里。

二、被告人收受的4万元不构成犯罪的事实与证据是什么？运用哪些诉讼手段使主要辩护证据充分地发挥其作用？援引哪些法律条文论证辩护论点的正确性？

三、关于收受10万元(还应加上另外的3万元一笔)的定性都有哪些疑问？

主要的疑点在哪里？

这些疑问在案中的分量与所处的地位，应当从哪些角度提出？

这些疑问何以能够动摇乃至否定起诉书的结论？

提出疑问的根据和依据分别有哪些？

四、估量控方会在互相辩论中提出哪些问题？如何答对？采用什么样的策略与技巧借以达到“以守为攻”？

以上，是按照《纪实》作者的思路和做法拟定的粗略框架，而作为一个合乎实用的、较好的辩护方案，似乎还应该包括以下必不可少的三个部分——

第一部分，庭审调查阶段的辩护活动：

首先，应确定出示哪些书证、物证等等证据材料进行核实？还有，应申请传唤哪些证人分别就哪个问题作证？或者，宣读哪些证词以及其他证据材料支持辩护论点？

其次，应就哪些问题向被告人“发问”？怎样发问(角度与技巧)？所问各点意在达到哪些目标(例如意图揭示哪些真相)？试举例说明于后——

据《纪实》介绍，“这两笔款在案发前郭就已转交他人作为业务经费用了”。这个情节，于定罪量刑都关系重大，实有必要就以下各点设计“发问”方案：

(一) 哪年哪月(具体时日)，将款分别交给谁了？

(二) 交出时，怎么交代的？要求收款人作为哪项业务经费开支？

(三) 交出前,同谁商量过? 交出时,还有谁知道?

有此三问,于弄清"交出巨款",是被告人的个人行为还是职务行为,于查明被告人"交款"的动机与目的,于澄清事实真相,都至关紧要。试想,通过发问倘能证实《纪实》的判断,所收的 13 万元已转作公安业务经费,那又何疑之有? 所谓"事实和法律依据不足"的疑虑又从何说起? 还有什么地方"值得商榷"呢? 当然,发问后如不能证实上述的判断,那也宜由此出发弄清基本事实的主要环节,从而有利于为之作出有力的辩护。

请允许在这里夹带一笔:公诉人在开庭之后,于起诉书中新加了与此相关的一段指控:"同年 12 月 3 日,郭政民为掩盖其受贿真相,将十三万元赃款以公安业务经费为名交与他人使用,并指使领款人将领款时间倒签为同年 3 月 26 日。"这项新加指控,结合我们设计的上述几点发问,可知绝非如审判员所说"与定罪无关",因为这显然是"增加(的)新的犯罪事实"。律师"鉴于被告本人未有异议",便"服从合议庭的决定",如此处置,无技巧可言,很不妥当。被告人对于这类情况不表异议,原因不一,律师理当坚定地、恰如其分地维护其诉讼权利,不应满足于申明"保留意见"。总而言之,对于这个新的情况,有必要运用诸种诉讼手段予以澄清,作出合法的解释、合理的解决。

再次,还应设想被问者可能作出的回答,并据以设计对应的方案。否则,容易因情势的突变而陷于被动。

最后,设想并设计就哪些问题提出质证。

我国《刑事诉讼法》于其总则编证据章中有"证人证言必须在法庭上经过……双方讯问、质证"的明确规定(该法第三十六条),但在审判编的一审和二审程序章中却没有具体条款予以规范。最高法院 1994 年 3 月发布的《审理刑事案件程序的具体规定》也没有弥补这个缺陷。由于立法上的疏漏和法官认识上的偏差,质证问题在实践中常被忽略,有时还会受到限制。它反映着现实"坐堂

问案"审判方式的特点。但由于它往往是一些案件搞不准事实甚至错判的一个颇为重要的原因,因此,我们律师应当尽一切可能就主要的或重要的证言提出质证。这不仅有利于弄清一事一案,而且有助于改善我们的诉讼制度,使我们的司法程序在总结与借鉴的基础上日臻完善。

在郭案中,公诉人在起诉书中补加上的那个"(被告人)指使领款人将领款时间倒签"的情节,如为被告人所否,就必须进行质证加以核实,不然就不能定案。不否,则指控可以成立,也就没有"值得商榷"的余地了。

总之,质证是审判程序中的一个重要环节,设计辩护方案时不宜忽略。

以上是第一部分。

第二部分,辩论阶段的辩护活动:

首先,要测定双方分歧的焦点。



其次,设计出批驳对方的哪些不正确的论点和不实的论据。

再次,确定如何论证我方的论点、论据。

总之,应从正反两个方面说明事实讲清道理。

第三部分,对案件的总结,可有以下三点:

(一) 对法庭诉讼活动的评价。

(二) 对案件作出的总的评价。

(三) 向法庭提出的请求。

以上各点,作为方案内容,也仅仅有参照的作用,不是也绝不可能是一种模式。

或问:需要划清罪与非罪界限的案件,难道也不能设计两套互不一致的辩护方案? 方案固然可有多套,但不好互不一致。案件要求我们划的是"是与非"或"此与彼"的界限,对此,也不可以断为"是"时立一套,定为"非"时又另设一套;这样做,会违背求实原则,也会违反依法原则,因而绝不可取。

设计辩护方案，不可避免地要涉及控辩双方对案件的论点和论据。对于《纪实》中记下的有关内容，不论论点、论据，也都有可议可辩之处，故专题探讨如下。

还是沿着《纪实》作者的思路走。先讲第一轮的辩护论点。律师明确提出："4 万元（的一笔）不应认定为受贿"。其他的两笔款，3 万元的一笔没有提及，不能妄加议论，对那 10 万元的一笔辩的是定为受贿"值得商榷"。这一笔，在控方认定的 17 万元的受贿总数中自然是非同小可，不知《纪实》何以没有录下辩方的明确论点和具体说法。比如说："商榷之处"都有哪些？何以见得（说明）这种"商榷"在案中"值得"提起，不然将出现差错？

"转入第二轮后"，不再"商榷"了，"双方争论的焦点集中在郭政民收下金（某）留下的 4 万元是否构成受贿罪的问题上"。这么一"集中"，主要阵地就丢掉了，而且看不出让对方花费多大力气！这样一来，注定会给人（主要是合议庭成员）一个明晰的印象：律师在实际上已经不否认被告人有收受贿金 13 万元的情节。这按《纪实》的行文分析，辩护既缺乏力量，又有重要疏漏，因而显得不够得力。对此姑且不予详论，拟专就第二轮辩论涉及的内容发表些粗略看法。

第二轮辩论的特点通常是：互相交锋，揭示分歧，解决案中的主要或重要问题。

控方在二轮辩论中的主要论点是："这 4 万元应为受贿款。"《纪实》归纳其理由有四条：

（一）郭为金谋过两次利，金付过两次款，这一笔"仍可看作是对郭的继续感谢"。

（二）这是金"为以后托郭办事的感情投资"。

（三）因数额大，故不是"一般的礼尚往来"。

（四）"郭事后并无偿还的事实"，故不能说是"暂时留下应急

用的”。

无须置辩的是，辩方此时应集中全力选取论据去削弱以至否定上述理由，从而推出其论点不能成立的结论。我们注意到，辩方着重从法律上说明“收受他人财物、未利用职权为他人谋利的，不构成受贿罪”，这一点非常正确。但研究二轮的辩护内容，又有其明显的不足，主要是对控方的上述四条具体说法的反驳缺乏针对性，令人不免生出“攻击”力度不够、不能推倒控方不正确论点的遗憾。举如：(一)控方说付款 4 万“可看作是……继续感谢”。可是仔细一看，这“理”讲得晃晃悠悠，根本没有立稳，稍一加力也就倒了。试看：所谓“可看作”那分明是你的主观认识，它不能取代并非“感谢”的客观事实；至于“继续”之说就更有点武断了。一次“受贿”之后的金钱交往就统统纳人“继续”之中，此“情”绵绵，绝无尽期，这既无法可依，在事实上也显得荒唐！再如：(二)控方的“感情投资”说。其缺陷不在于辩方指出的“不必要”。是否“必要”，难定标尺；各执一词，有何必要？这里应当指出的是：即使不讨论“感情投资”是不是一个在审判实务中难以衡量与把握的模糊概念，也应抓住此说的要害在于，这分明是控方主观设想的案外人金某的意图，这种设想恰恰说明，客观上根本不发生“利用职务之便为他人谋利”的事实！你“感情投资”再多，倘若我官员并未利用职权为你谋利，这能构成受贿罪吗？又如：(三)说因数额大而不是“一般的礼尚往来”，那么试问：礼赠的定性应以什么为依据，数额还是质量？如以数额为准，定在哪位数上划分“一般”与特殊？还有，控方既肯定这是“往来”之“礼”，那么，即使特殊而不“一般”，又有哪条法律规定着非一般的“礼尚往来”就变了质而成为“贿”？经此三驳，控方立论的虚弱也就情清楚楚了。

在辩护实践中运用技巧，是大题目。

《编者的话》传出了对“运用技巧”的重视，是可贵的；只是《纪实》中并未反映出办理郭案“运用技巧的情况”，又会生出技巧“难

知"的误解。

我们以为,辩护技巧是指律师在实务中纯熟地运用知识和经验,自如地使用事实和法律,在相互辩论中,以精当的语言、独特的方式,攻能克、守能固的实践活动。以"车"喻之,知识、经验与事实、法律则正是它的四个轮子;四者缺一,技巧这辆轻车就不易飞驰于熟路了。我们分析《纪实》介绍的郭案辩护,攻,未夺城;守,阵地失。在这种情形下谈技巧,只可说是"徒托空言"了。

然而我们深知,辨析易,辩护难,在辩护活动中运用技巧达到既定目标更难,编辑这类业务性极强的文字也自有编者的难点;但是通过我们全队的努力,不断实践,探讨切磋,我们就一定能在各自的领域里更上层楼,渐入佳境。

谨以此一得之见,就教于全队同行。

1995 年 7 月 1 日

附录(一):
《中国律师报》编者的话:

"这是一篇不错的稿件。作为前贵州省公安厅厅长郭政民受贿案的辩护人,两位律师作者在文中向我们介绍了这一案件的主要内容,并生动地介绍了由国家高级干部沦为阶下囚的被告郭政民的情况,读来令人感慨、叹息。尤为可贵的是,作者在文中详细介绍了他们办理此案时运用技巧的情况,有很好的借鉴意义。我们希望各地律师同行们能在百忙之中,将你们从事律师业务中的精彩之作、宝贵经验写成稿件寄给我们,和我们一起努力把《中国律师报》办好,使它在促进中国律师事业的发展中发挥出更好的作用。

附录(二):
"郭政民受贿案"辩护纪实

前贵州省公安厅厅长郭政民受贿案,因其位高权重,工作性质特殊,轰动全国,引起人们的格外关注。现将为郭政民辩护的情况披露如下:

郭政民于1966年从北京政法学院毕业后来到西南煤城贵州省六盘水市六枝特区工作,从一个普通民警一级级地升迁,1985年任贵州省公安厅厅长时,年仅四十二岁,是当时全国最年轻的公安厅厅长之一。郭工作上能吃苦耐劳,认真负责,其为人较随和,关心部属;生活也较严谨,不跳舞,不打麻将,吃穿也很随便,在公安系统口碑不错。没想到正在事业鸿发之际,竟被一港商的糖衣炮弹轰倒。

该案案情并不复杂,归纳起来不过是为行贿人做了两件事,收了三笔款。郭政民于1993年11月2日因受贿被逮捕,多次从狱中带信出来,叮嘱其亲友为其在贵州省内寻找最好的知名律师。最先选定的律师有二十人,经过筛选为十二人,最后确定出我们两人。人民法院对谁担任郭的辩护人也很重视,在收到我们的委托函后,要求我们亲自会见郭,经其当面认可后才能定下来。

在我们接受委托担任郭政民的辩护人时,法院的开庭时间已经确定;准备时间不足一周。在法官的配合下,我们夜以继日地查阅案卷材料,抓紧时间走访了一些重要证人,力求弄清每一个细节,并尽量熟悉郭案所涉及的公安业务。基本上掌握了案情的全部情况后,我们为郭的辩护设计了三套方案:

一、将郭收受的三笔款均作无罪辩护。理由是第一笔款3万元郭是以"厅长基金"名义收受的,本人始终未动用。第二笔款10

万元是港商金某以给公安厅“挂靠费”名义转交郭的，郭也未动用。这两笔款在案发前郭就已转交他人作为公安业务经费用了。第三笔款4万元是金在郭妻生病期间送的，郭留下作应急用，应视为馈赠行为，不属受贿之列。这样做的好处在于与郭本人的辩解相吻合，不利之处在于对第一、二笔款项作无罪辩护的事实和法律依据不足，辩护理由勉强，很容易被公诉人击破，而且被法官采纳的可能性非常小。

二、对4万元作无罪辩护，对10万元这一笔的定性提出疑问。这样做的好处是4万元作无罪辩护事实及理由比较充分，对10万元定性是否准确只提出疑问，语气可以温和一些，也易引起法庭的重视，不利之处在于10万元可能成为法庭辩论争议的焦点，冲淡了四万元无罪辩护及情节上的从轻辩护。

三、三笔款均承认构成犯罪，只作情节上的辩护。这样做的好处在易于得到公诉人及法庭的认可，对案件的处理结果较为有利。弊端在于被告人不易接受，容易使人产生律师在走过场，不敢大胆辩护据理力争的误解。

我们反复衡量了三套方案各自的利弊，并征求郭本人的意见，最后确定采用第二套方案。另外，针对郭政民在我们会见他时流露出的顾虑，即担心律师对这特殊的案件不敢大胆辩护。我们表示：我们依法履行律师的职责，不存在任何压力和顾虑，也没有任何单位或个人给我们规定什么框框，定什么调子，凡是对被告有利的，只要有事实和法律依据，我们都会尽力争求。

开 庭

1994年6月20日上午9时10分。社会各界普遍关注的郭政民受贿一案，在贵阳市中级人民法院开庭审理。法庭调查一开始，就出现了意外的情况。公诉人宣读的起诉书，增加了这样一段话：“同年12月3日，郭政民为掩盖其受贿真相，将13万元赃款以

公安业务经费为名交与他人使用，并指使领款人将领款时间倒签为同年3月26日。”我们发现这段话是原起诉书所没有的，当即向审判长提出：“检察机关更改了起诉书，而且增加的内容与定罪量刑有关，就应当在开庭七天前将更改后的起诉书送达被告人。被告人在开庭时才知道起诉书增加的内容，是不符合刑事诉讼法有关精神的。本案应延期审理。”但合议庭经短促商议后，审判长以起诉书更改的内容与定罪无关，未增加新的犯罪事实和罪名为由，驳回了辩护人的申请。我们磋商后，鉴于被告人本人未有异议，表示服从合议庭的决定，但保留自己的意见。没有采取拂袖而去、退庭抗议的极端做法。法庭调查继续进行，为了配合我们的辩护方案，我们特别重点地对10万元和4万元的收受情况当庭向被告人进行询问并请审判庭当庭宣读了有关证据，以加强我们的辩护力量。

审理进入辩护阶段，我们在第一轮辩护中针对起诉书和公诉词，阐述了基本辩护观点。

一、郭政民之妻在北京医院治疗期间，港商金某等人给郭的次子留下的四万元不应认为郭受贿。

二、金通过郭的长子以“挂靠费”名义转交郭的10万元定性为受贿有值得商榷之处。

三、郭具有酌定从轻处罚的情节：(1)郭为他人谋利未违背自己的职务。(2)郭受贿属被动收受，而非主动索取。(3)郭为他人谋利的行为未造成严重后果。(4)郭归案后能坦白交代自己的犯罪事实，退缴了全部赃款。

转入第二轮辩护后，双方争议的焦点集中在郭政民收下金留下的4万元是否构成受贿罪的问题上。公诉方认为这4万元应为受贿款的理由是：(1)郭曾经利用职权为金谋过两次利，即处理赴港单程证和吸收金为公安干部，尽管金在此之前已分别送了3万元和10万元给郭，这4万元仍可看作是对郭的继续感谢。(2)金送钱给郭的妻子治病，是看中郭的厅长职务，是为以后托他办事而

进行的感情投资。(3)一般的礼尚往来,不会达到如此高的数额。(4)郭辩解说是暂时留下应急用的,但事后并无偿还的事实存在。我们认为不构成犯罪的主要理由是:(1)郭以前为金办的两件事,金已分别送过两笔钱,事情早已了结,之后郭未再为金谋利,金没有必要再对郭继续感谢。(2)金当时在贵州的投资已全部抽空,在北京已经与有关部门挂上钩,在贵州已无业务,事实上在此之后也再未回过贵州。客观上无托郭办事的需要,不必要进行感情投资。(3)金本人在供述中反复强调,留给郭次子的4万元是为郭妻治病用,应与前两笔款区别开来,没有行贿的意图。这与第三人的证词相吻合。(4)金额大应考虑的两个因素,一是大老板,出手4万元就像一般人花400元一样,二是郭妻的病不是一般的疾病,而是生命垂危,送钱较多在情理之中。(5)在北京时金曾当面对郭说要留钱给郭妻治病,郭断然拒绝。金又背着郭把钱给了郭的儿子,郭知道时,金等人已离去。郭回到贵阳,曾几次叫儿子把钱还给金,因金再未到过贵阳,未能还成。(6)这钱是公开送的,在场的人都知道,不符合行贿、受贿的一般规律。(7)根据两高《关于适用全国人大常委会〈关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定〉若干问题的解答》:"国家工作人员收受他人财物未利用职务之便为他人谋利的,不够成受贿罪。"即必须以为他人谋利作为构成受贿罪的必要条件。郭留下这4万元钱,未承诺且实际在此之后也未为金谋利,因而不应认定为受贿罪。在以后的辩论中,双方仍然围绕这个问题展开论述。郭最后陈述后,审判长宣布延期宣判。

一审宣判

1994年9月12日,贵阳法院开庭公开宣判郭政民受贿案。当审判长宣读到"判处郭政民死刑,剥夺政治权利终身"时,只见郭政民紧闭双唇,目光呆滞,脸色灰白,审判长问他是否上诉,他开始毫无反应,连问他几声,才缓缓答道:"我现在脑子里一片空白,我

要求会见我的律师。"的确,这种结果,他毫无思想准备,也出乎我们的意料。再次见到郭,他与以前已有很大不同。一见面他就说:"一审宣判后我心情很沉重,尤其是戴上脚镣,晚上根本睡不着,我做梦也没想到会有今天这样的结果。以前我对律师不抱什么希望,现在全靠你们了。"我们想抓紧时间与他商量一下上诉的问题,但他的情绪波动很大,精神很难集中,总在竭力为自己的行为辩解。我们提醒他:"通过一审,基本的事实已经非常清楚,应当怎样判谁都有数,但目前出现了我们预料以外的结果,因此,二审期间有些事实,我们是应当依法据理力争。但有的问题,不宜再谈。二审的着眼点应在量刑上,我们律师会尽职尽责,全力以赴,你也要有最坏的思想准备。"对此,他苦笑了一下说:"事情到这个地步,也是命该如此,如果真是那样,为了教训后人就算再向党作一次奉献吧!"郭毕竟身居高位多年,与一般罪犯确有不同之处。(1)是自控力较强,虽知来日无多,但仍无明显失态表现,几次谈到后悔自己行为给党和国家、病重的妻子造成损害,眼圈都红了,眼泪在眼眶里转动,但始终没有掉下来。(2)是原则性较强,尽管对一审判决不服,但从未因此而发泄怨恨情绪,连我们为他准备的上诉状,也认为语气偏激,不符合他的一贯性格,坚持要自己动手改得更温和一些。

二审改判

在二审辩护中,我们除了坚持一审的辩护意见外,重点针对一审判决所列举的判决郭政民死刑的前提条件,即数额特别巨大,情节特别严重,对国家危害极大,社会影响极坏来进行辩护:

一、郭的犯罪行为,除数额巨大外,尚不属于情节特别严重,表现在以下几个方面:

(1)郭政民受贿是被动的收受而非主动索取:郭与金的交往,开始时完全是为公安工作着想,事前没有约定个人收钱,事后也未

主动索取，而是金以某种堂皇理由劝其收钱，或者通过其子转交而给郭造成既成事实，这与那些钻头觅缝，寻找一切机会进行“钱权”交易的人相比，其主观恶性较小。

(2) 郭为他人谋利未违背自己的职务。郭为金办两张赴港单程证，主观上是为了公安厅的工作，也符合《中国公民因私事往来香港地区或澳门地区的暂行管理办法》的规定，办理的程序也是合法的。吸收金为公安干部，是经过市公安局的考察，向省厅提出申请，郭签署意见，最后由省委主要领导批准的，郭并未擅作主张，越权办理。就受贿罪而言，行为人为他人谋利，是否违背职务，为他人谋取的是合法利益还是非法利益，对定罪没有影响，但在量刑上是有别的。

(3) 郭收到这些钱后，一直犹豫不决，始终未下决心占有这些款，因此一分未用，更不敢挥霍。案发前已将 **13** 万元转交他人作为公安业务经费使用，无论动机如何，至少在客观上使国家少受损失，案发又另外退清全部赃款。

(4) 郭为他人谋利的行为未造成严重后果：去香港定居的两人，在国内没有任何政治、经济问题，去港后至今未发现有任何损害国家和人民利益的行为。发展金为公安干部，发放工作证，郭当时就采取了一些防范措施，中途又断然采取措施收回工作证，金也未利用公安干部的身份或工作证从事违法行为，未对公安工作或国家利益造成直接损害。如果仅因为郭的职位高，工作性质特殊，就认定他收受财物的行为对国家危害极大，社会影响极坏，是不合理的，也是不公正的。

二、郭政民认罪态度较好。郭在案发后能坦白交代自己的犯罪事实，供述自始至终是一致的，尽管他对自己某些行为的性质作过一些辩解，但这并不影响事实的认定和案件的处理，因为司法机关对案件的处理结果，依据的是事实而不是被告人的看法。

三、在法律面前人人平等，罪与刑应相适应。纵观全国，某些

干部贪污、受贿的数额比郭大，情节类似甚至更为严重，在量刑上都没有达到这种极端的地步，作为法制国家，执法应该采用统一的尺度，不应有什么例外。

二审辩护词递交法院之后，我们又着重做了三件事。(1)是搜集各界(包括公安、法院、检察院、某些政府部门)对一审判决的看法，普遍认为量刑过重，我们将这些意见及时向高院反映，以期引起重视。(2)是收集国内与郭政民级别相似的干部的贪污、受贿案件，从主观恶性、客观行为、危害后果、处理结果等几个方面进行横向比较，并写成书面材料向高院和有关部门递呈。(3)是再次会见郭政民，专门去动员他检举他人的犯罪事实，争取主动。但郭政民反复强调："我的确没什么可检举的，因为我掌握的情况大都是下面汇报上来的，我作为厅长，已经布置他们去处理了，上层的事，我没参与，自然就不知道什么情况，我不能去乱咬人。"经反复劝说，郭政民终于说道："在我被审查期间，中纪委的同志找我谈话时，我曾检举过两个人的犯罪线索，当时，中纪委的同志对我说：这件事就到此为止，我们负责查实。你不得再向任何人说起这件事。所以现在对律师我也不能讲。"既然如此，也就不能勉强他。但我们发现一审的卷宗里没有这方面的记载，法庭调查时，也未提及。我们立即将这一情况向二审承办法官作了汇报，请求他们到检察院和中纪委去查实一下，看看郭政民说的是否确有其事。法院经过调查，证实郭政民确曾检举过他人的重大问题，上级机关正在调查处理之中。这一情节的认定对于二审的改判起着至关重要的作用。

1995年2月16日上午，贵州省高级法院召开宣判大会，改判被告人郭政民死刑，缓期两年执行。轰动一时的郭政民受贿案终于划上了句号。

(附录原载《中国律师报》)

何故捕我律师?

——为“台安律师包庇案”辩诬

一、律师辩护遭捕,人民拭目以待

1983年11月20日,辽宁省台安县某工厂女工赵某(二十二岁)服毒自杀身亡;26日,该厂厂长徐军(二十七岁)以强奸赵某致死被捕。县人民法院作为一审开庭审理时,法律顾问处指派王力成等出庭辩护。后因案件管辖权变更,改由市中级人民法院作为一审,1984年5月21日开庭,律师王志双和王力成作无罪辩护。法院未予采纳,判决徐军犯强奸罪。徐不服,委托王力成等代写了上诉状,王志双并致函省高院,请求慎重复审。省院驳回上诉,维持原判。1984年7月3日判决执行死刑。

一个月后,8月9日,曾与徐军同监的另案被告人王长久揭发王力成“包庇强奸犯徐军”。10月14日,市人民检察院逮捕王力成、王志双,12月15日又捕了县法律顾问处主任王百义。这就是震动全国的辽宁省台安县“三律师包庇案”。

1985年8月,《人民日报》记者在一家刊物上发表署名文章说,所谓“律师包庇案”,经调查,确认是一起错案,“其下文如何,人民将拭目以待”。人民正在拭目,他的鞍山同行就把“下文”写了出来,据《鞍山日报》报道:“台安县律师包庇案真相大白”,宣告对王力成作出了“免予起诉”的有罪处理。然而这“下文”并没有结尾。王力成依法提出了申诉。分属北京、辽宁、黑龙江的三位律师,接

受王力成等人的委托，在上级机关的指导下，组成律师团，迎着关外的漫天风雪，进行了实地调查，弄清了所谓“律师包庇案”的真相：确信徐案辩得有理，律师无辜被诬……

二、疑案应辩，律师何辜？

“律师包庇案”源于王力成等参与辩护的“徐军强奸案”。该案发生于1983年“严打”之初。辩护律师王力成在法庭上提出了三个问题：(一)徐案有四个尚未排除的疑点；(二)法医鉴定违背法定程序，脱离客观实际；(三)女方的死因存在着外来因素。检察员当庭对此未置一辞。现在只好凭借案卷记载的当庭阐明的若干论据，对辩词的正确性作出考察：

第一，关于疑点仅举一例：即公诉人指控的作案时间有问题；两审裁决对这点的认定也不一致。卷中至少有七点证据，说明被告人“作案当夜”两次进入女方宿舍，第二次从午夜〇时入室至次日五时离去，这否定了起诉书的断定。疑得有理！

第二，关于鉴定结论。这是定徐“强奸罪”的主要证据，但卷中在这点上竟有四个问题：

(一) 尸检原始记录中的一些内容，在三天之后作出的鉴定报告中有重大改动，所改之处又与事实不相符合。

(二) 尸检记录：死者两腿内侧有“皮下出血”。半年后，尸检的检查人在上报省高院的证明中说：因为面积太小，没有照片。

(三) 至于皮下出血是何时由何物所致，三个检验人的看法不一。有两人说，不能认定是何物在生前何时形成的，但不是手掐形成的；而鉴定报告的执笔者写的是：“生前手足之类物体暴力形成”。曾请教这位法医：用手形成或可断定，由足形成从何查知？用“力”形成或能理解，此“力”属“暴”有何依据？他回答得没有讨论余地：“俺水平不高，就这样认识！”此话至少表明他是凭主观认识，并无科学根据，因而不能据此认定徐军实施了暴力。

(四)尸检笔录和尸体腿部照片未入卷,复查时才从法医手里要出;经查,尸检主持者、检察人员、拍照和记录人员等,均未按《刑事诉讼法》第七十六条的规定在记录上签字,违反了法定要求。总之,这样一份有漏洞、有争议、又未经查证、手续也不合法的鉴定结论,显然不能作为定案的证据。律师的辩护有理,已无必要多作辩白。

然而,检察院却坚持这样的判断:"技术鉴定结论和徐军的供述相吻合,证明徐军实施了暴力。"这个判断是否正确,关键还在于徐的供述是否可信。

据1983年11月28日预审记录,预审员问:"如果检验(死者)大腿上有伤,是谁弄的?"徐答:"那就是我造成的。"另据1984年5月14日笔录,徐军就此作了说明:"我在逼迫的语气下,违心地承认赵身上的伤是我搞的……"为了证实他的这个说法,弄清真相,又于六天之后请求法庭开棺验尸。这个请求符合《刑事诉讼法》关于被告人"要求重新鉴定"的规定,不料竟被执法者用"尸体已火化"这个谎言(实际上尸体是土葬)拒绝了,这应认为是审理上的一大失误,当无疑义。

第三,关于女方死因。审查全卷,死者服毒,至死没有一句话怨恨被告人,反而在徐妻(死者姨母)面前一再为徐说情,替徐解脱;只是在徐妻一再追问和哭闹下,突萌死念,喝了敌敌畏。服毒后还抱住徐妻的脖子说:"老姨,我对不起你!"这些细节,都有证可查。

据此辩护,显然有理。其实,问题并不止于辩词所列各点。应该说,徐案的每一个关键性情节中都存在着辩护证据。研究一下这些辩护证据,即使不是刑法专家也会得出这样的认识:徐案确有重大疑点,排除不了。这里不妨再说一例:女方住室两侧,当夜住有工人,屋不隔音,白天说话清晰可闻。夜深人静,施行强奸,女方既有"反抗",更有"斥责"(见省高院的裁定书),竟无一人听到这种

异常声音，而且作案时间长达五小时之久，谁能说此案无可疑？

莫非疑案就不可定？当然不能！疑案存疑，是公认的原则。疑不排除而判人有罪，古代良吏尚知其不可，在加强社会主义法制的今天，岂能如此轻率！至于不重视程序法的严格要求，在徐案中也表现得相当突出，上文已有所涉及，篇幅所限，不再详述。

律师对案中的疑点和执法者的失误依法指出，证明我国的律师制度绝非摆设，这是令人欣慰的！

三、这里没有疑，全然是错捕

然而，为徐案辩护的律师还是没有逃脱权力拥有者的无理追究，他们被确认犯了“包庇罪”，于徐案结束三个多月后（1984 年 10 月 14 日）被捕了。一份具有权威性的复查报告有一段话概括了检察机关的全部论据：

“（王力成）不顾事实，违背律师的工作原则，按（被告人之父）徐起化的指使，把罪该判处刑罚的犯罪分子按无罪辩护，还利用职务之便，到看押场所向徐军透露案情，……并为被告徐军翻供出谋献策，企图同被告内外配合推翻此案，使被告逃脱法律制裁。……”

这里含有三点指责，但却统统不能成立。

先说为翻供出谋献策。徐军翻供始于被审的次日，当时还无律师参与诉讼，在 1984 年 1 月和 4 月的两次预审中他还陈述了与女方“通奸”的细节。5 月 12 日，中级法院开庭前，律师会见被告人，徐又主动诉说他未犯强奸罪，并列举了九条可以证明他未犯此罪的根据。尽管律师一再讲明，要如实陈述犯罪事实，否则将拒绝为他辩护，徐仍坚持他未强奸。由此足以说明，律师为徐军翻供出谋的指控，出自虚构。

还应指出，上述指责含有“翻供非法”的意味，这是令人奇怪的。在侦查和审判实践中，审讯人员往往只注意“被告人的供述”，而忽略被告人的辩解。可是，辩解如能“证明案件真实情况也是证

据”，为《刑事诉讼法》第三十一条所明定。把先已供认后又辩解视为无理而不予理睬，由此发生错案冤案，实践中常有，历来为审讯的大忌。就徐案说，对被告人的翻供，法院在审理过程中既已忽视未加明察于前；结了案，检察机关复以所谓“为被告翻供出谋献策”而问罪律师于后，这能说体现了对法制的尊重吗?!

有人认为徐军要求开棺验尸是律师的策划。果真如此，这难道不是好主意？如果真的开了棺，一个基本事实不就有可能大白？检察机关说“这是(与被告)配合”！即使如此，这样的一种配合何罪之有？又与“干扰审判”何干！

再说按无罪辩护。上已提及，徐案有重大疑点。且不说疑罪应从无而不能从有，仅从案卷证据材料来看，认定被告人的行为是通奸而作无罪辩护，也没有错。有人说，律师在县法院审理时是按有罪辩护的。这是事实，但绝不能以此说明后来作无罪辩护就是包庇被告人。此案律师先以为被告人有罪，后来根据所得材料知其无罪，于是改变观点，应属天经地义，有何不可？检察院在“律师包庇案”上，不是也有“立案—撤销—再起诉—免诉”这种改变的反复过程吗？

最后说关键性的问题——“透露案情”。此说源于徐军同监犯王长久的揭发。在徐军案件了结后一个多月，王长久被宣告无罪释放时气愤地说：“王力成担任我儿媳的代理人时，诬陷我犯了强奸儿媳的罪，他担任徐军的辩护人，却把强奸说成是通奸，我要检举他。”五天后他给县检察院递交了检举王力成五条“包庇”罪的书面材料。再过十八天，又写了一份，除原五条外，又增加了六条新的“包庇”内容。王的揭发先后四次，内容逐次增加，最后臻于系统。王长久的检举材料是否真实可信，可从下述几点作出回答：

一、市检察院就王长久的检举向同监犯翟东峰、孙存久作了调查，认为他们的“证言基本内容一致”。但是翟几次说的前后矛盾。第一次说，徐军被律师提审回监室后公开同大家说，律师告诉

他如何如何,仅隔三天,第二次又作证改为,徐军是背着别人单独对他说的。而同过监的陈树华事后对我们说,王长久揭发王力成后找他统一过口径。他说没有听到徐军当众说过律师告诉他什么话,还说,如果说是徐军单独给王长久讲的,他俩不是铺挨铺,中间隔着人,又不睡一头,不能耳语;监规也不准互相说话。这些情形表明对王长久所说"王力成不对被告说,被告徐军不知,徐军不对我说,我不知",并不可信。

二、根据县看守所的会见登记记录和管理人员的证实,王力成五次会见徐军,都是分别同律师孙密文和王志双一道(该所不允许单独会见被告),而孙、王二律师又都没听到王力成说过那些所谓"泄露案情"的话。看守所的同志还说,会见完后,同去的律师出去叫看守所收押被告人,至多两分钟就转回来了。按王长久揭发的全部内容,如果王力成真要给徐军透露,两三分钟时间是肯定讲不完的。这些反证检察院清清楚楚,然而他们还是极其武断地断言,王力成"确实有单独接触徐军并向他透露案情的时间,……王力成一人会见徐军的可能性不能排除!"令人遗憾的是,他们似乎从来未对王长久作过这样的推断。例如此人出狱前后从别人之口得到某些案中讯息的可能性也是不能排除的。他是法盲,近于文盲,一切材料都出自他人代笔,没有别人帮助行吗?特别不能忽视的是,王长久对王力成为其儿媳代理诉讼控告他强奸儿媳所怀有的报复心理。

三、王长久揭发王力成所泄露的案情,实际只有两条,即:(1)告诉徐军"死者大腿里部有划伤,但没有技术鉴定,也没有伤痕照片";(2)告诉徐军"勘验现场有六人在场,只有一人签字,勘查笔录三天后拿出来,不合法律规定"。这些情况,在县、市法院先后开庭宣读勘验笔录和鉴定结论时,律师都曾提过意见,被告人早已知道,根本不是秘密。另一部分,如"让被告徐军把强奸罪说成是通奸"、"要被告徐军把一次进人被告人宿舍,改成两次"、"是死者晚

上给被告徐军留的门"等，这些都是徐军从被拘押后第二天起开始翻供的内容，直到市检察院的两次预审还反复讲过。市中级法院开庭审理前，王力成、王志双会见徐军时，他还坚持是通奸而不是强奸，已如上述；可见根据王长久揭发就断定被告翻供是出自王力成的"教唆"，那只能蒙住不了解情况者。至于他揭发的其余几点，如"徐军说，死者已经死了，怎么说都成"以及"工厂出了证明，证实被告徐军作案时，没有听到被害人奋力反抗的动静"(笔者按：请看这是谁的语气，究竟是谁的话！)等，这些"透露"，一则王长久出狱前后得知一些情况并不难，再则徐案早结，无法对证，王长久借徐军之口加律师以恶名、罪名，也很容易。总之，凭王长久的这样一份极不可靠也根本不能说明问题的揭发，把包庇罪加诸律师，无论如何是站不住脚的。

四、违法的路，并不总是无阻的

继王力成、王志双被抓走后两个月，那位主持讨论徐案辩词的法律顾问处主任王百义，也入狱了。他被捕时，绳捆索绑，穿行闹市，还有执法者燃放鞭炮。小小台安法律顾问处为一个案件的被告人作了堪称上乘的辩护，却接连被捕走三人，能不轰动县城！消息传出，全国律师界为之震惊，国家最高权力机关也注视着事态的发展。于是，先后几批人，几个调查组驻进台安和鞍山。

由辽宁省委政法委员会牵头组织的调查组，通过艰苦的调查研究得出结论：逮捕台安三律师是错案。政法委发布决定：无罪释放被捕者。跟着，检察院对律师宣布撤诉，承认错捕，"三王"终于获释。

然而，权力一旦受到具体的制约，有人就会死力抵制。在律师获释后四个月，检察机关又向中央政法委员会提出了一份复查报告。一方面承认"在基本事实的基本证据尚未掌握的情况下就逮捕王志双、王百义是错误的。(历经四个多月的侦查)仍没有得到

确凿的证据能证明王百义犯罪的情况下,仍向法院起诉更是错误"。至于错误的性质,则"属于工作中的问题"!而在另一方面,却又断言"此包庇案从总体来看是成立的"。

事实并非这样。因此,这份复查报告受到了应有的批驳,全国人大信访局参与此事调查的李铁流同志当即写了专门报告,不同意它的结论。1986 年 1 月 2 日,当届全国人大法律委员会张友渔副主任在听取了该案的汇报后明确指出:"三律师案确实是错案。"

1986 年 9 月,负有责任维护律师合法权益的全国律协组织十多位刑法专家进行论证,一致认为徐军强奸是件疑案;指控律师包庇是起错案。论证意见直报全国人大委员长,受到重视,还有三位副委员长也表示严重关注。

五、权力不受制约,公民的权利必遭剥夺

虽然县法院没有受理"王力成包庇案",但是,被告人第二次又被关押了八十八天,在被释放那天,《鞍山日报》和鞍山电视台分别报道,王力成被宣告"免予起诉"。于是,我们面前摆着同一机关的先后两份法律文书:一份是 1985 年 4 月的起诉书,另一件就是这份免予起诉书。而 1985 年的起诉书已经撤销在案,那么,这后一份文件中是否增了新的内容?细加比较,除去文字上的润色外,的确加了一桩事,即:王力成在讨论徐军案件辩护意见的会上说:"说徐军有罪也行,说无罪也行,按通奸辩太明显,我们就给他铆钉子,让法院定不了。"

经查当天讨论记录,没有这段话的记载;所有会议参加者都说,王力成没有发言。可是检察院的同志说:这是出自王志双的揭发,怎么会错!访问王志双,他说:"当时在押,身体很差,抵不住一再逼诱,就把王力成平日爱说的那句'铆钉子'的意思搬出去了,其实他当时根本没说话。"至此应该说这一指控可以否定了。但不行。理由是:王志双改口是由于眼下的形势变了;从而坚持"铆钉

子之说是干扰审判，包庇被告”。这可真有点怪！即使硬要以此定罪，请问：讨论案子说句俏皮话甚至是气话，说到底无非是出言不逊，与罪何干？

除此之外，免予起诉书再无新意。人们不禁要问，检察院于撤销案件之后，在基本事实没有变化的情况下，事隔两年又作出有罪处理，这到底是为什么？令人生惑的是，既然认定王力成“有罪”而且“情节严重”，最终却又以“鉴于该案的具体情况”这一含混其辞的说法，宣告免予起诉，怎么解释得通！司法机关有哪个案子不是“鉴于具体情况”作出决断的呢？《刑事诉讼法》第一百零一条明明写着“依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的”才“可以免予起诉”。遍查刑法关于不需判处刑罚的规定总计有八个条款，其中没有一条适用本案，那么，对王力成“包庇”案免予起诉，试问又是以何为据？毫不客气地讲，这不是轻纵就是对检察权的滥用。这里看来只能是后者。有人解释说，鉴于本案具体情况是指“考虑应维护被告人的合法权益”，这太费解了。王力成因执行职务而含冤千日，最后得到的是有罪处理，对他还谈得上什么维护合法权益！一个不可避免的结论是：权力不受制约，人们的权利必然受到损害，法制注定要遭破坏。王力成依法提出申诉被驳回，也是一个具体的说明。

六、人们等待着公正的解决

胡乔木在他致律师的“题词”中写道：“律师，神圣之门，又是地狱之门。”这无疑是对律师职业的高度评价。中国的律师确实也没有忘记，他们在“地狱”门前从事的是一种神圣的事业。不管道路多么艰难，又有多少险阻，他们多数人对于事业的执著感人至深；然而王力成等人受到的苛待不是太不公平了吗？

1988年6月

南行办案观感实录

中国律师在境内办案不受地域限制，为我们提供了一个大好机缘，使我们得以有充分的条件印证并坚持这一观点的正确："作为律师，为了求是，应当思考，应有预见，应予分析，应加概括。"之所以敢讲"坚持"，是基于从实践得知，这其实也是提高我们律师工作水准的必由之路。初春南行，历经数省，办案月余，多有见闻；几经思考，感触良深。实录点滴，或于求是有助、有益。

一、律师"铐"被告

首站中州。与当地律师同行议完会见被告人的要点，他手抚公文包似乎漫不经心地问我："带铐子没有？"以为笑谈，一时迟疑。他跟着说："我们这里，会见被告，没有手铐不行，不让见。"问："干什么用？"答道："当然是用作戒具，铐被告。"又问："这是哪订的？"他颇为惊讶，反问道："怎么，北京没有？"我说："没有！也不会有。"他于是告诉我："是省里订的。"还说："前不久去省里某地办案，忘带铐，临时买了一个。"他边说边拉开公文包，亮出两副闪着银光的手铐，指给我看，"这一副是那时买的，"并解释道："怕你忘带，装来了。"

惊疑之间，细看他那装束，着一身检察服装。问他为什么穿人家的制服，他坦然答复我："办事方便，连买个车票都方便！"

我一时语塞，但又觉着不是滋味。着"官"服，带戒具，以律师名义与被告人谈如何"维护"，这协调吗？能达到预定的目标吗？

凭窗北望，难禁浮想，身为律师，着实难耐！

二、鉴定，能“随意”吗？

手上有三个实例——

其一，某伤害案。

被告人于7月7日被收审，30日被捕。9月29日经由检察院提起诉讼。奇怪的是，7月9日，即收审被告人的第三天，案件还在公安局立案侦查阶段，却由该县法院的接待室作为“委托单位”为被害人作“损伤程度鉴定”。案件何时、通过什么渠道移到法院，卷中无记载，也没有人作出说明。

公安、法院，各负其责；法定权力，不能转移，不得替代。上述的做法，不符合《刑事诉讼法》第三条各款的有关规定；由此产生的鉴定，因其不符合法定程序而不应具有证据的效力。难道不是吗？

其二，某贪污案。

法院委托“会计师事务所”鉴定案中涉及的一笔款项属于贪污还是挪用。该事务所公然出具证明，写的是：应属贪污无疑。法院竟据此作出判决，认定被告人犯贪污罪。

审判员拱手送权，会计师“当仁不让”，如此这般，法定的诉讼制度岂不要乱了“套”！这种鉴定不能作为证据似不应产生歧义。

其三，法官请求宣传部门鉴别某被告人的文字是否违反四项基本原则。

依据《刑事诉讼法》第八十九和九十条的规定加以分析，上述做法有以下三个问题：

（一）文字是否构成犯罪，能不能“鉴定”，或者换个说法称作“鉴别”？

（二）委托“部门”对文字加以鉴别，与法律规定的鉴定应请或派“人”进行的精神是否一致？

（三）法律明定，“鉴定结论应当告知被告人”。但这种鉴别的

意见又不会告知，就该案说也确未告知，如果它的结论对被告人不利，他既不能质证，又无从辩护，这与《刑事诉讼法》第八条“人民法院有义务保证被告人获得辩护”的规定就明显地有了抵触。由此又不能不提出问题：这样的鉴别是否具有法律上的效力？

三个实例，使我们想到一个问题：权力与权利二者之间易生矛盾，而解决之道大概只有一条最为可靠，即处处严格依法办事。

三、书面审中的“最后陈述”权

某上诉案。

二审合议庭审判长亲去监所，告诉被告作“最后陈述”。被告的答复很有意思，他说：依据《刑事诉讼法》第一百十八条的规定，应先作辩护和陈述，尔后再研究公诉人与辩护人在上诉审的“互相辩论”的材料，然后才轮到作最后陈述。被告人据此要求审判长提供公诉词与辩护词，被拒绝。

但是，我想，被告人的这个要求是很正当的，而且确实有法律依据。

《刑事诉讼法》第一百四十一条规定：审判上诉案件的程序，“参照第一审程序的规定进行”。一个“参照”引出两个问题：(一)“参照”之时，是否可以抹掉一审程序中的重要规定？(二)又如何实现一审程序中的重要规定？这两个方面的问题又往往集中到一点上：如何理解与实施“书面审理”？

“书面审”，已是目前二审案件的通常做法。正确实施“书面审”，首先应该把它与《刑事诉讼法》第一百十一条第一、二两款中规定的“不公开审理”相区别。其次，不可以把“书面审”解释为诉讼参与人统统呈送“书面”材料或意见，再由法庭“审理”。研究我国的刑事诉讼制度，关于“书面审理”，应含两层意思：(一)法庭的审理，主要凭借书面材料。所谓主要，自然不是唯一。有些法庭在研究已有书面材料的基础上重作调查，就是非常正确的作法。

(二)案中的"书面"材料,只要不涉及隐私和机密,就不应对被告人"封闭",而应允许被告人对他人的"书面"表示自己的见解。总之,以实行"书面审理"为理由,未给、不给或者剥夺被告人的诉讼权利,统统是违反法定程序的重大缺陷,极不足取。还想补充一句:依法对司法机关的权力有所约束,使当事人的诉讼权利得以实现,或者可以说,使"人民法院有义务保证被告人获得辩护"这条规定能够落实,对于完善我们的诉讼制度,或有意义。

四、再审与提审的运用

某窝藏案。一审判决被告人的行为构成"偷越国境罪",因其情节轻微,而宣告免予刑事处分。判决生效后四个多月,二审认为一审的判决定性不准,适用法律不当,依《刑事诉讼法》第一百四十九条第二款的规定,决定"提审"。经审理,撤销原判,并认定被告人犯"窝藏罪"判处有期徒刑四年。

提审、再审,《刑事诉讼法》第一百四十九条第二款的规定是:如需"再审"应"指令",而于"提审",仅直言"有权",未加任何条件。至于哪些情况可以"提审",哪些情况应令"再审",却漏未规定,于是在实践中也就只好凭人民法院不受约束地自行决定了。

可是,就上举案例而论,这里还留着问题没有解决,如下——

(一)案件的定性已经改变,公诉机关却未重新起诉。这样,案件的侦查权、检察权也就全然被审判机关替代。严格地讲,这种做法不无违宪之嫌。怎么办好?

(二)对于被告人来说,再审或者提审,事关重要。如属再审,被告人对于"所作的判决、裁定,可以上诉";现在是予以"提审",依据法律的规定,"所作的判决、裁定,是终审的判决、裁定"(两处所引,均见《刑事诉讼法》第一百五十条),即不得上诉。这实际上剥夺了当事人的上诉的权利,无形中把"四级二审"易制为"一审终审"。这无疑证明着我们坚持的另一个观点:权力缺乏制约,权利

将被削弱或者剥夺。然而,这种现象在这里是由于立法上存有"缝隙"造成的,因而应由立法机关予以考虑,加以解决。

1991年春

南下办案有感实录(之二)

下笔之先，围绕感想焦点拟了个题目：《不许假法律监督之名制造证据干扰审判》。略一沉思，觉得硬硬梆梆，更何况，你不就是个律师吗，凭什么命人“不许”？于是想改作《怎能借法律监督非法取证干扰审判?》细细品来，文字太长不说，问得那样软绵绵的，自己都觉乏味。怎么好呢？唉！咱们律师想说几句话发点议论，尽尽“维护法律的正确实施”的法定义务，可真不容易！不说罢，未尽到职责，不对；说罢，不讲分寸不好，一讲就免不了左顾右盼，难怪有人垂涎于权势。你看，握有权力而不知自重者，人家想怎么说就怎么说，要怎么干就怎么下手，来得何等干脆！可区区律师怎么能够？无奈之余，再抄《有感实录》的旧题，标明“之二”，以示内容上并不相同；附录辩词，旨在交代案件的真相……

那么，办的是件什么案子又感为何来呢？珠海市友谊公司总经理张伟权，被指控接受贿赂彩色电视机一台，另受贿人民币 4 万元，经一审法院判处有期徒刑十年，一度成为该市的反贪首要成果，省市报纸列为要闻，港澳宣传机构纷纷报道。张本人则以判决失实不服上诉，案移市中级法院。我于上诉审收案后南下调查，取得的证据表明：起诉机关的查证工作在一些重要环节上未按《人民检察院组织法》的规定进行，对个别证人甚至采用了扣押取证的非法做法。一审合议庭对重要证据未予查核，审理极其草率。我将证据材料全部呈交法庭，由是介入诉讼活动。

二审依法于 1994 年 11 月 15 日公开审理。合议庭遵循最高

人民法院《关于审理刑事案件程序的具体规定》，认真地查核了案中证据，就证言进行了质证。庭审调查表明：证人舒某某、胡某某、罗某某、龚某某等人的证言与被告人的辩解互相一致，从而有根有据地推倒了起诉书的指控。

司法实践总在提醒人们：事态的发展会越出常规——

法庭辩论刚刚开始，公诉机关就有人驱车从法院传走了庭上作证的证人。罗某某、龚某某两人被带到检察院后，即被告知她（他）们的庭上证言构成"伪证、包庇"，如不按检方要求及时修改，将依据《刑事诉讼法》第四十一条予以拘留。"兵"发何奇，怎么回事？是庭外"支持公诉"吗，于法无据；更何况庭上正在辩论。有检察官反复陈词支持公诉！难道这是在实施法律监督？可是，法庭查证时，控方却不能举出其"伪"，未便指责其为"伪"；作证甫毕，却在庭外以强制措施要胁证人作伪，这又与法律监督无关，而且分明是在干扰审判。如此怪事，令人惊诧！眼下时兴"首例"，不知此例能否入"首"？

罗、龚的作证，我们姑且不争其是否属于"伪证、包庇"，检方援引的《刑事诉讼法》第四十一条明定为公安机关的职权，检察机关怎么可以越权代行（注）！"拘留"的要求因证人抵制而未能付诸实施，于是换另外一手"以案子是市政府定的"，不能"丢市里的面子"（此处引文见罗某某亲笔材料）相诱导，要求证人与检方配合，对庭上证言加以修改。此策又被婉拒，罗、龚郑重申明所证属实，不能修改。

询问于深夜休止，检方工作人员（姑隐真名）提出约法四章，明示不准"再找法院、律师"。事情的运转这番可能也出乎几个官员的意料，罗、龚都不践"约"，依次将上述被逼种种报告法院，还向我们律师作了通报，并分别写出材料历陈经过。为了发挥《人民检察院组织法》中规定的"群众监督"作用，这些材料拟于日后择机公布，以利于有关方面认真地纠正工作中的错误。也许有人听了"群

众监督"特别不人耳，但在我看来，这个群众监督正好与那个法律监督互为补充，二者的结合才会创造出合法合理的监督机制，有助于加速我国司法民主化的进程，缺一不可。

或问："你在上面一再说到控方中的'非法'种种，到底违了什么法呢？"我这里无意于尽举，只提《人民检察院组织法》第七条，其中明确要求："人民检察院在工作中必须坚持实事求是，……接受群众监督，调查研究，重证据不轻信口供，严禁逼供信"，这些规定既原则又具体，既有指导方针，又便于实际操作，真定得好！依此衡量某些工作人员的行为，不是全盘违反跑得太远了么？

诚然，我们在庭审中表达的观点与控方尖锐对立，之所以不得不如此，无非是为了协助法庭弄清事实，准确判案，这也正是始终把注意力集中在查核证据上的缘由。谓予不信，请审查庭上辩词。

注：

1980年1月1日起施行的《中华人民共和国刑事诉讼法》第四十一条：

"公安机关对于罪该逮捕的现行犯或者重大嫌疑分子，如果有下列情形之一的，可以先拘留：

(一) 正在预备犯罪、实行犯罪或者在犯罪后即时被发觉的；

(二) 至(四)略；

(五) 有毁灭、伪造证据或者串供可能的；

(六) 略；

(七) 略。"

南下听讼有感再录

1991年初春，写《南行办案观感实录》，述说种种感触，那时的心情似乎还有那么点“几度夕阳红”的味道。时隔不到四年，常觉垂垂老矣，心境郁闷，胸中酸楚；于是疏于办案，也实在不敢面对诉讼现实，轻易受理那些曹刿心中的“小大之狱”了。其故众所周知，硬要说穿，那结果怕也是言或有尽而意却难穷，何苦？可又难改旧心，不甘寂寞，不免改办案为“听”案，不免生出议论待发。

1994年夏，应同行挚友约，告以有案应“听”，于是南下。不料一“听”难收，较之四年前的见闻所获也多。欣闻《律师法》于再再易稿后出台有日，联想所“听”诸情各节，或者能为立法者提供点素材，于是写再录。

一、“要犯”，哪里去了？

当晚，同行朱君携来某县委1993年6月24日的机关报，嘱读头版的一条要闻，略谓：“震惊全国的四·一七案件要犯李兴德在（该县辖区的）南仁落入法网”的消息报道，案发地的市级领导机关因案发后一年终于抓获大案要犯，特派员前来致谢，还列举了要犯的具体罪行。

该报作为县委喉舌，行文颇为郑重，无可挑剔。

可是，——在1994年4月12日正式开庭审理那件“四·一七惨案”时，法庭上却不见这个在南仁“落入法网”的“要犯”的踪影。既不被列为被告，也没有作为知情的证人传唤。那些具体罪行呢？

换由另外的一个人担上了，而后顺理成章，判决书上更不会有这位“法网”中的要犯！

人们有理由提出问题：难道县委机关报刊发的要闻竟然完全失实？法庭在整个审判过程中为什么对此持回避态度呢？

作为律师，——“四·一七”案九名被告，有十几位律师出庭辩护——自然应该而且很想见见那位“落入”法网竟得“漏走”的要犯。可是，阻力重重，最终不能实现。但是，这种会见，作为一种必要的调查、了解“案件情况”的方式，难道不是极其自然的吗？

“律师有权会见在押的其他人犯了解案情”，不知是否可以列为律师的权利写入《律师法》？

二、无辜，被收入网了。

“四·一七案”从侦查到审结，历时两年又四个月。其间，为某种需要对某些无辜者以“破坏生产”的罪名实施了拘留或“收容审查”。法律依据当然还是公安部1985年的那个规定。姑且不论这些被“收容”者与“破坏生产”根本不沾边，他们都是有家有业、长期在当地定居的良民，把这些人关押起来进行“审查”，全然不符合公安部1985年的关于收容审查问题的文件精神。

无援的被收容者又有什么办法？现实情况是：他们根本得不到法律的保护，他们得不到律师们的援助。为了解决问题，从法律上帮助被收容审查的人实属必需，那么，从立法上把这项工作列为律师的业务是否也应予以认真的考虑呢？

从道理上说，律师接受委托为被收容者提供法律帮助，可能没有异议；重要的是，受托之后如不赋予相应的职务权利，帮助之说怕也落不到实处。其中最起码的一条是：应允许律师在受托之后会见在羁押中的被收容者。此外，律师对贫困无助的人，应实施义务性的法律救济。总之，应使这些人得到富有实效的帮助。

由此使我悟到：《律师法》对于律师的权利和义务的规定，是否

可实行宜细而不宜粗的原则？还有，《律师法》规定的律师的权利，如有可能受到权力的制约，就应当研究实际操作方面的可行性，并从立法上加以解决。有些同志主张，律师因需要可以申请法院发出“授权调查书”，我们先不论这种“授权”的法律意义，只是想提出一个问题：律师申请了，法官“不授”，试问怎么办？立法如不能解决这个问题，这种“申请”极易成为纸上之“权”，徒有其名罢了。

三、会见被告，须经“特批”！

还是“四·一七”案。第一被告人的家属委托律师参加上诉审。律师到了省高院，刑一庭负责同志签发了“准见”被告公文，原文照录——

“X市公安局看守所：兹有某某委托上海市郑传本律师事务所律师易瑞京等二人为被告人李某某（即第一被告，姑隐其名）的二审辩护人，现由易瑞京等二律师前往会见李某某，征求李某某意见，是否请二审辩护人。请予会见为盼。1994年7月2日”

律师急行百里，持函会见，被拒。理由是：“得经中级法院某院长批准才能见。”看守所负责人不无歉意地对律师说：“你们的手续齐全，按说没理由不让见，但这里有规定，我也没法子。”

按说，高院“批准”已属越权，一查两高两部规定就十分清楚，可再也料不到，中级法院还可以否决高院之“准”，得他们准了才算。冷静一想也是：高院既然可以否定最高的有关规定，上行下效，中院否定高院的一纸公文似乎也不该惊怪。令人不解的是，案子在二审高级法院，怎么一审的中院还要参与和干预呢？案卷归二审，被告一审来管，大江南北，未闻此事另有先例。

为了维护被告人的利益，律师又回到了高院。这回不由人不惊怪了：高院刑庭也变了卦。他们这一回对律师说的是“家属代被告人请律师，得经他本人同意；在他未表示同意之前，你们不能见”。律师持反对态度，争论中形成了两种对立的意见——

一方说：我们会见，首先就要解决被告是否委托我们辩护的问题。

另方说：被告是否还请律师，我们法官可以去问。

一方说：这是律师的职责，法官不好代。

另方说：据了解，他本人已经表示不请你们了。

一方说：他可以不请，但我们得问清楚他的意见，尽到责任。

另方则坚持：我们去问也是一样。

争论归争论，不让见就是不让见。律师只好卷起行李带上案卷重归上海了。

律师会见被告，光凭两高两部的文件办事还不行，还得经法官批准，中原此例倒非个别。由此使人想到：《律师法》中可否规定一条，律师执行职务的基本权利，不受行政权力和司法权力的否定或否决。不然的话，律师手握文件、面对法条中的权利，依然有不免落空的感叹。其危害则在于连同当事人的权利也因而受到了限制或者剥夺。

四、自行"证明"，从未逼供。

参与"四·一七"案一审辩护活动的同行，给我看了一份写给人民法院的材料，标题赫然写着："X 市公安局证明"。行文简明扼要，意思明白如话，全文一百五十余字，录供研讨——

"按上级的部署，我局于 1992 年 5 月 6 日采取行动，抓获了十名'四·一七'案件的犯罪分子，随即交付预审。在审理过程中，又陆续抓获了一批犯罪分子。在整个的刑侦和预审部门的工作过程中，始终坚持对人犯进行政策法律教育，以事实为根据，以法律为准绳，依法办案、文明办案，从未对人犯采取过刑讯逼供现象。"

签署日期为 1994 年 3 月 10 日。

人们提出的问题是：该案于 1994 年 4 月 12 日开庭审理，在此以前无人向法庭提出刑讯逼供一类非法取证的问题，先予"证明"，

岂非“此地无银”！材料表明：被告人以第一被告为代表，用具体的情节向法庭陈述了曾被刑讯的经过，不论时间、地点、手段、效果，无不历历如绘。

两种证据，对立起来了。怎么“断”呢？请参看一审判决书中的一段：“法庭播放了公安人员讯问被告李某某时的录像，录像中清楚地显示了李在没有任何刑讯逼供的情况下，自如地交待了自己的犯罪事实。”

可是我想不通，公安部门为什么于事后补制录像作为证据；这种提供的“录像”，又怎么可能显示被讯问人被刑讯的情景？

可是我想不清楚，所谓“自如地”交代罪行，应是一种什么样的状态与特征？

我于思考之中，自然地生出了一个问题：上引的公安局证明如果有效，那么，任何权力机关岂不都可以进行“自证”，说明自己的作为和决定正确有效。一审法院如果依例证明所做的判决是“以事实为根据，以法律为准绳”，并且绝无错误，因而完全有效，那不是可以废除上诉制度了么？看来此路不通。

问题还得回到法律原则上来。权且抄录两条最高《关于审理刑事案件程序的具体规定》——

其一：“严禁以非法的方法搜集证据。凡经查证确实属于采用刑讯逼供……的方法取得的……被告人供述，不能作为证据使用。”(四十五条)

其二：“证据必须经过出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实，否则不能作为定案的根据。”(四十六条)

这些规定，与《刑事诉讼法》的有关条款完全一致，前引的那份公安局“证明”，怎么可以不经过质证呢？

看来有的司法机关轻视诉讼法规、轻视程序的情况确实颇为严重。律师如不能在这些方面尽职，不仅律师制度的作用受限，司法的民主化与执法的严肃性也将受损，审判的合法性与公正性也

会被打上问号。

五、岂能这样“取”证

上面援引的“四·一七”案的判决书中，说到“法庭播放了公安人员讯问被告人的录像”。这个录像，据说反映了被告人自供的作案全过程，特别是回顾了他当年推(骑)着自行车去几十里之外的某县肉店买肉作案的经过。这个情节，是指控被告人犯有罪行的核心部分，是案中的关键。为了证实这个情节的合理存在，预审人员于 1993 年 2 月 10 日查访讯问了卖肉的人。卷中笔录这样记着——

“问：在去年 4 月 12 日这天上午，是不是有一个上年纪的、皮肤较黑、较粗糙，不讲价钱，不挑肉，不看秤，买肉后装上编织袋就走的这么一个人？”

“答：(想……)好像有这么个事，好像有这么个人，但具体情况记不清了。”

在卷宗的另一页上，问话没有变化，回答略有发展，他讲的是：

“去年 4 月 12 日到现在快一年了，得好好想想，我一天卖肉好多，见的人也多，各种各样的人都有，有些情况一时想不起来。”

证言在“想不起来”、“记不清了”的前提下，陈述了两个“好像”，这对于我们分析、判断证言的效力显然是重要的；但我更重视证言中的那个“快一年了”的时间概念和“见的人也多”这个职业特点。试想，事隔经年，犹能辨认出某人于某月某日曾来买肉，如非超人，怎么可能？倘无旁证，怎么可信？还要着重指出：作为律师，不能不也不会不注意到那“问”中包含着鲜明的指供、诱供内容。

对于这样的证据的效力应作出怎样的判断，见仁见智，会有歧见；然而法官的判词不打折扣地持肯定态度，毕竟有点出乎意料之外。

问题并不到此为止，还有一点，不列为六，且称——

附加：上述的五个题目，无不涉及证据问题。所谓“打官司”，关键在于“打证据”。律师参与诉讼重视证据问题可以说是天经地义，更何况案中的证据有疑。就在律师们研究怎样查证之时，从案发地传来了消息：有关机关在村里连续播放公安部门制作的第一被告追忆、回顾其“作案”过程的录像资料片。这种做法不无“统一口径”、暗示村民作证应以“此”为准的味道。“四·一七”案已进入二审程序，全部案卷材料都已移送高级法院待决，不论是一审法院或者预审机关都无权擅自外泄证据材料，这难道还有疑义么？人们有理由提出问题：如果这种做法出自律师，有关部门不是会要求追究责任么？法律不承认可以滥施权力，对于一切自以为持有特权而随心所欲的做法，一定会受到律师的抵制与否定。

鉴于证据问题在实践中的特殊重要性，我想，《律师法》是否可以就律师实务中的证据问题，设置专门条款，以利于加强律师制度的作用，以利于加速审判民主化的进程。

附录：《中牟报》1993年6月24日的报道

标题：震惊全国的“四·一七”案件要犯李兴德在南仁落入法网

（本报讯）6月7日上午，狼城岗乡派出所接到县公安局通知，新乡市公安局将在南仁村抓捕震惊全国的“四·一七”案件的要犯李兴德，要求全力配合。

罪犯李兴德现年三十八岁，回族，原阳县仁村堤人。1992年4月，伙同另外三名案犯把大肉挂在自己的清真寺内，然后，以此为借口，制造矛盾，挑起民族纠纷，从而导致了4月17日对斗门村的打砸抢烧，烧毁民房多间，打死村民数人，成为震惊全国的恶性案件。案发后，罪犯畏罪潜逃，窜至南仁村。狼城岗乡党委主要领导在听取了派出所的汇报后，十分重视，王书记当即召集了书记办公会，部署了当晚的配合活动。晚11时，派出所抽出五名精干力量，

配合市公安局的行动。8日凌晨2点,直扑李兴德躲藏的场所,不到二十分钟,顺利将罪犯抓捕归案。目前正在进一步审理中。

新乡市委、市府听取汇报后,非常感谢地方政府的支持,并派秘书长和公安局负责同志专程来中牟答谢。　　(王学忠)

高院不执法，谁敢来投资？

——天河大厦纠纷追踪

题记——

执法者失去监督，权力不受制约，宪法赋予人们的权利就难免被剥光夺净。

前言——

天河大厦纠纷，一些报刊和设在当地市的两家电视台，作了内容不一的报道。紧跟着，就有人站到域外的一个"岛"上，依托那里的舆论，把水搅浑，企图摸鱼。令人迷惑难解的是：两级人民法院也有着尖锐对立的决断。于是街谈巷议，沸沸扬扬。为使广大读者了解这场纠纷发生、发展的真相，抓住症结，弄清实质，我们在介绍相关的法律事实的同时，将研究一下由此引出的一些法律关系，并依据现行的法律规定，作出我们的判断。

一、两份合同

（一）1987年，省乡镇第三产业公司（下称三产公司）为筹建一座高三十一层名谓"天河"的商业大厦，向市建设银行支行（下称建行）申请贷款，以该大厦的所有权担保抵押，双方签定了抵押贷款合同，并经公证。贷款合法，抵押担保合法，公证依法；由此发生的债权、债务关系清清楚楚，明明白白。

（二）1992年，天河大厦只盖起八层，贷款连同利息已近4000万元。三产公司因资金短缺，在省有关部门的引进与主持下，将已

经设定抵押权的天河大厦削价600万元，与德国的阿思德公司和香港的欣季公司搞了个“合作经营”。两家外商合为一方，约定投入387万元马克，占注册资金的51%；中方作为甲方，投入1225万元人民币，占49%，合同注明“已经投入”。至于“合作公司的投资总额1515万元德国马克（折合人民币5000万元）”的另一半“2500万元人民币由合作公司在中国的银行贷款解决”（引文见《中外合作天河有限公司合同》第十一条、第十三条）。

该合同既违反中国法律，又显失公平，且未经验资，但却于1992年4月14日经省政府签发了《批准证书》，天河公司于是成立。

二、两起诉讼

（一）建行诉请三产公司偿还银行贷款。

1992年11月，三产公司拖欠的贷款已达3700多万元；大厦因后续无力，工程终告停顿。

问题在于：两家外商没有按合同的约定投入一分一厘马克！有人在报上著文说：“合同规定……外商以人民币投资”，这种说法与省政府“外经贸×作字(1992)02号”批准证书上投资总额和注册资本均为马克的规定是不一致的，因而毫无根据。外商确曾于签约后从我国南方某县一家公司汇入天河公司人民币270万元。但汇票上未书明用途，来源可疑，性质不明。尤为重要的是，该汇款单位后来曾专门来函，通知天河公司，因上述的原因“请求暂缓使用”这笔款项。由此可见，这270万元人民币除一时改个账号之外，并未实投，应无疑义。有人为外商辩解说：人家投入了四部电动扶梯。不错。但其价值据称也只有百万元人民币左右，而这却是两家外商的惟一的一次全部投入！概括地说：天河公司中的外方的应投资金长期不能到位，大厦工程停顿，三产公司所贷款项已无力偿还。

建行担心贷款落空，在多次催付无效之后，乃起诉于市中级人

民法院。

本件诉讼没有第三人参与，也不涉及德商安东先生，但却有人在报上编造谎言，说建行起诉时曾表示“请安东不要再插手”。安东此前是否曾插手建行贷款业务，语焉不详；此番之“再”，因与案无关，法院未予理会也是实情。

这起诉讼，在中院主持下，当事人双方成立调解协议，三产公司自愿按照抵押贷款合同中的约定，将抵押物天河大厦交付建行所有，抵偿贷款；建行自愿付给三产公司补偿费 150 万元。

应加补充说明：在上述的调解协议即将签署的前不久，安东先生向建行的上级行提出了一项要求：“建行收回大厦后卖给（他）。”这证明：安东明知建行接收抵押物合法有据，不能表示异议，仅是考虑应与建行建立买卖关系而已。

（二）安东代表“天河公司”诉建行和三产公司共同“侵权”。

1993 年 3 月 1 日，安东不再考虑收买天河大厦的前议，以“天河公司”名义，派出代理人，持省里某单位的介绍信，向省高级法院对建行和三产公司提起“侵权”之诉。

经查该诉状未按规定加盖企业法人公章，安东本人在状子上的签字也没有经过公证或者认证；诉状本身不合规格。然而因有“介绍信”，高院破例立了案，破格受理了。

高院一发出“应诉通知书”，三产公司马上作出了反应。他们说：安东以“天河公司”之名告状，未经中方同意，应属无效。他们说：天河公司告三产公司，是以“全体”告“半身”，自告自，岂不滑稽？世无先例，也无此理！为了说明问题，三产公司对安东诉状依照“天河公司”章程中的有关规定，向高院递交了“撤诉书”。高院未予理会。

不仅如此，三产公司还提出：他们与安东如有合同纠纷，应按约定交付仲裁，任何一方都无权诉至法院。总而言之，安东之诉，高院无权受理。

建行也提出了管辖异议。

建行根据事实，依照法律明确提出：他们同安东或者中外合作经营的天河公司从未发生过任何法律关系，无“权”可侵。该案在起诉前并无“重大影响”，只是在起诉后由于高院做出的一系列违法决定才引起了轰动；就标的数额而论，省内的一些案件，有的标的数额远比本案的为大，高院也都交由中院处理。因此，依据民事诉讼法和最高人民法院的有关司法解释，省高院不应受理这宗所谓的侵权诉讼。

有人说：大厦是三产公司折价投入天河公司的，应属天河公司的财产。可惜这种似是而非的说法经不住检验。查找《中外合资经营企业合营各方出资的若干规定》，第二条分明写着：“……向合营企业认缴的出资，必须是自己所有并且未设立任何担保物权的实物。”据此，三产公司以抵押物天河大厦入股与外商“合作经营”，不符合我国的法律规定，相关的合同自始无效，不应受法律保护。

两被告的“管辖异议”自有根据，显然有理。不过细细研究，问题并不止于此。查查上引的“各方出资的规定”中的第五条，明确规定：合营企业中的各方，未能在规定的期限内缴付出资的，“视同合营企业自动解散”，并应“办理注销登记手续”。据此，天河公司中的任何一方都不能再以该合作企业的名义行使诉权，这是当事者违约引出的法律后果，咎由自取，责当自负。作为高院，对此为何不审不查呢？且看高院如何作答——

三、两个裁定

（一）（04）号裁定。

天河大厦，如上所说，经中级法院调解达成协议，而后即在法院主持下移交建行，早于1月16日履行完毕。

现在，安东先生围绕这同一标的物起诉，法院一收诉状，就犯了“一案两立”或“重复立案”的错误。最高法院硬性规定绝不允

许,怎么办?

善于规避法律的"高"人何处不见!那高招是:撤销中级法院就上述抵押贷款一案发出的"调解书",省高院对该案予以"提审",其依据是民事诉讼法第一百七十七条二款。这就是著名的省高院(04)号裁定。但是,一查条文,不对了!该一百七十七条二款无一词一义涉及调解书,(04)号裁定适用法律明显不当。有人会说:省高院对于下级法院作出的"调解书"应有权"提审"。这话也不对!对于调解书,如其内容确有严重不当或者违法,只有"当事人……可以申请再审"。民事诉讼法第一百八十条的这个规定,说明法院无权即没有资格"提审"。现在由法院裁定代替当事人行使诉讼权利,而且要非法"提审",实在太出格了。

也会有人问:中院的调解书错了,难道高院不能纠正?姑且不说对这一点上述的民诉法第一百八十条已经做了回答。问题的关键恰恰在于中院的调解书没有错。据(04)号裁定说,那份调解书"侵犯了第三者的权益",可实际情况如何呢?它所说的"第三者的权益"指的无非是原天河公司中的外商的利益。人们自然要问:外商的什么利益?哪些利益?人们一定会问:外商只运来四部电动扶梯,却要对价值4000万元的大厦主张权利和利益,这是哪家的法律?人们说:三产公司以大厦设定抵押向建行贷款,合同经过公证,难道不是事实,难道不具有合法的效力?欠款无力还,自愿依合同的约定将抵押物清偿债务,中级法院在查明了事实、分清了责任之后,根据自愿原则主持调解、达成协议,又错在哪里!

是的,外商及其代理人会有自己的看法。但无论从哪个方面说,充其量也只是他与三产公司即原天河公司的中方的纠纷,不关建行的事。他们的纠纷,应按其约定申请仲裁,不能影响三产公司履行他对建行的债务。任何一级法院似乎也都无权要求建行承担不能收回巨额贷款的重大损失!

内行们注意到:(04)号裁定在未经审理而只解决程序问题的

决断中，明确宣告"恢复天河公司对天河大厦占有管理处分的权利"，并且跟着采取了强制执行措施，让人从建行手中夺走了一座大厦。最高人民法院《关于适用民事诉讼法若干问题的意见》中明确指示：决定提审的案件，由提审法院在作出新的判决、裁定中确定是否撤销、改变或者维持原判决、裁定。即应经过审理才能做出新的决定。可是，省高院不经审理，没拿出也拿不出新的判决、裁定，不仅撤销了原审内容正确、合法成立的调解书，而且公然搞了先判后审，处分了当事者的实体权利，在违法路上走得太远了。

内行们还注意到：依据民事诉讼法，对于已经生效但又确有错误的判决或裁定，按照审判监督程序进行纠正，可以指令下级法院再审，或"有权提审"。采用何种方式，大有文章可做。但有一点非常清楚：提审的案件经审理后作出的判决、裁定"是发生法律效力的判决、裁定"(《民事诉讼法》第一百八十四条)，从而取消了、剥夺了当事人的上诉权。(04)号裁定决定"提审"，而不发回中院"再审"，其中奥妙，昭然若揭。高院在维护什么样的"权益"，就很清楚了。

(二)(11)号裁定。

(11)号裁定的主文只一句："驳回……建行市支行、第三产业公司对本案管辖权提出的异议。"而其理由则有四点：案件标的金额大；在全省有重大影响；该市"是本院的辖区"，高院可以"作为一审案件受理"；最后一点是："本案审理……并未涉及原告(按：即天河公司)与第二被告(按：即三产公司)之间的合资合同。"我们在前面已经提到，当事人对于前两点理由表示了异议。第三点理由则因其不符合最高法院《关于适用民事诉讼法若干问题的意见》中的第三条规定所确立的原则，也很难成立。第四点理由的片面性更为明显，安东即原告人所主张的"权"源于他们同三产公司的那份合同，审理"侵权"而不涉及"权"的来源与依据即合同，怎么可能呢？基于这些考虑，"侵权"之诉中的两被告双双上诉。

四、诉讼保全与强制执行

高院(04)号裁定,剥夺了建行对于经营的国有资产的实体权利,宣布原天河公司对大厦有权一占二管三处分。这"处分"权具有严重的性质,通俗地说,就是想怎么处理就怎么办;建行唯恐国家资产受损,于4月16日依法提出诉讼保全申请书,要求查封天河大厦,防止灭失。高院口头裁定驳回。

4月17日,高院实施强制执行。

在此以前,高院发出了(001)号"执行通知书"。列明当事人为建行(原告)与三产公司(被告),但申请执行人却是一个案外人天河公司。这不符合民事诉讼法第二百一十六条的规定绝无疑义。建行为此发表了"声明",指出:"法院赋予原告天河公司中的外方这种法外特权,破坏了法制统一的原则,是极其错误的。"

强制执行结束后,原天河公司的代理律师在电视台发表谈话,说:这是一次平稳的移交,而不是强制执行。人们认为,这是在弥合高院(001)号通知书中的漏洞,但却违背了实事求是的原则。实际上已经由法院人员强制执行完毕,又有什么不能认下的呢?

五、一点余音

通过上面的报道,人们至少可以看出一个最基本的事实:原天河公司的外方之一的安东先生,本来也只是请求在建行收回作为抵押物的天河大厦后,由他收买。现在不用了,一张状子竟换来了一座大厦,未费吹灰之力! 国法在某些执法人员手中变成魔法,难怪有几位兰州石油工人上书中央,要求查查是否有人出卖国家的权益。这是振聋发聩之声,试看能否使某些人清醒起来。

我们的黄土高原比较贫困,亟需引进外资,为此又应改善投资环境。可如果我们的执法水平不提高,执法环境不改善,改善投资环境易成空话,谁敢来? 照顾个别外商的不法的、非分的利益而损

害法制，不会使更多的投资者产生信任感和安全感，因而也绝不会产生或者维护一个好的投资环境。

发展经济搞建设，法制是个宝，一刻不能离，万万丢不得！而这，对于执法者来说不是尤为重要么？

1993年4月

附录：建设银行市支行上诉状

（原文按语）

在诉讼中不重视程序，是法制观念薄弱、法律意识不强的典型表现；在经济活动和司法实践中不重视程序法的运用，无助于建立正常的、健康的市场经济秩序。律师在诉讼中，理应重视程序，并善于运用程序法来保障当事人的诉讼权利和实体上的利益。本刊发表两律师关于"天河"案的一份状子，目的正在于使读者对程序和程序法的运用发生兴趣，进而引起重视。《中华人民共和国行政诉讼法》明定违反程序可能导致败诉，可以导致权力机关的决定被撤销，程序法的重要性难道还不清楚？在实践中重实体轻程序的情况影响着法制的健全与统一，不利于改善法制环境——投资环境，现在是从根本上加以改变的时候了！

民事上诉状

上诉人：中国人民建设银行市支行

省高级人民法院（1993）×法经初字第十一号民事裁定，掩盖事实真相，曲解法律，所作结论不能成立。尤应指出，省高院为了达到袒护"天河公司"中的"外商"的目的，与上述11号裁定相配合，凭藉所谓监督程序，另发裁定，撤销了本案涉及的市中院发出

的合法调解书，公然滥用权力，违反民诉法，违法"提审"该件诉讼，并在未审之先就对我们的实体权利作了处分，以一纸空文，忍让外商鲸吞我行4200万元的国家资产。省高院如此枉法，世所罕见。故在依法提起上诉的同时，敬请我最高人民法院对前述的两个裁定一并审查。具体理由分陈于下：

一、被上诉人的主体及"起诉状"都不合格——

（一）天河公司是中国法人，但并不遵守我"起诉状"应加盖公章的规定，而省高级法院却破格受理。我们深信最高法院不会允许开此先例。

（二）天河公司诉第二被告，本身竟是自己告自己的"滑稽之诉"。查第二被告三产公司，就是原告人天河公司的组成部分，是有50%投资的股东。世无自己告自己之理。

（三）原告内部两股东之间，没有协商一致。外方股东单方使用天河公司名义提起诉讼，擅用的"名义"，怎能合格？

（四）上诉人与"三产公司"即案中第二被告有债权债务关系，但与原告并无法律关系，提起侵权之诉无法律根据。

二、案中第二被告，即天河公司的中方，对外商"借名"提起的诉讼已依照天河公司的章程写了"撤诉书"，并且按照规定，盖了天河公司的大印。高院对此竟不理睬，是何道理？如此偏袒，还有什么公正可言！

三、原告内部两股东之间，无论是谁侵了谁的权，理所当然地是"中外合作合同纠纷"，理应告知当事人按合同约定提交仲裁，绝无任何理由越权受理！

四、上诉人收回抵押物——天河大厦，有法可依，有理可据，从未侵犯任何人的权利：

（一）天河大厦是三产公司的贷款抵押物，上诉人是抵押权人，有双方"协议书"为证。该"协议书"第二部分的实体内容是"抵押贷款合同"，并经公证，合法有效，无可争议。

（二）抵押贷款协议的公证时间是1987年7月，而原告注册成立的时间是1992年4月，抵押在先，“合作”在后，先后相差将近五年。孰为有效，无可争辩。

（三）三产公司于1992年4月以抵押物入股与人合营，未经上诉人同意，其行为是无效民事行为，其合作合同为无效合同，自始就不受法律保护，法有明定。

（四）贷款五年，连同利息已近4000万元，三产公司无力偿还，上诉人遂诉至法院。案经市中级法院主持调解，双方自愿达成协议，将抵押物交付上诉人，抵偿所欠贷款及利息，相差部分由上诉人补偿。中院的调解书合法有效，双方当事人已履行完毕。

总之，上诉人的上述行为，都是依法实施并经人民法院主持的有效民事法律行为。我们与原告人即天河公司的外商之间，没有任何法律关系，它对我们无权可言，侵权之诉纯属无理取闹，省高院既然一定要立案管辖，上诉人不得不请求撤销案件，驳回起诉。

五、省高级人民法院侵犯上诉人合法权益，损害国家利益，发出的(1993)×法经字监字第04号民事裁定是践踏法制的错误裁定。其错误主要在于：

第一，适用法律不当，公然违法。查该裁定援引的民诉法第一百七十七条第二款的规定，分明是指“已经发生法律效力的判决、裁定”、绝不包含“调解书”。适用“调解书”再审的条款，应是该法的第一百八十条。而这条规定却又排除了人民法院可以对“调解书”提起再审或提审。该条明文规定：只有“当事人……可以申请再审”。把“调解书”等同判决书、裁定书，是一种曲解，无疑是错误的、非法的！省高级人民法院之所以这样，明显地是以规避法律为手段，试图从根本上剥夺上诉人的基本诉讼权利，特别是“上诉权”。

我国宪法和人民法院组织法，并没有赋予人民法院离开法律条文去扩大解释法律的权力。省高院对此显见的法律问题加以歪

曲,这绝非解释或认识上的失误!

第二,上述第04号民事裁定的错误还在于:案件未经审理就对上诉人的实体权利作了裁决,强行将原审诉讼双方当事人争议标的物的实体权利,裁定由原审案外人去行使,从而开创了人民法院审判史上用裁定形式进行侵权的绝无仅有的奇案。为维护法律和人民法院的尊严,为严明"依法办案"、"严肃执法"的崇高准则,为积极建设良好的投资环境,特请最高人民法院依法撤销上述裁定,并裁令省高级人民法院承担赔偿责任,赔偿我上诉人因此而蒙受的实际损失,以儆效尤!以示我最高人民法院执法必严的不移决心!

六、进一步说,原告既无房产权,也无房产处分权。省法院未作"确权"的查核,竟不顾实际,作出"侵权"的裁断,显属重大失误——

(一)如前所述,"三产公司"以抵押物作价入股,是无效民事行为。

我国国家工商总局颁布的《中外合资经营企业合营各方出资的若干规定》的第二条明文规定"合营各方按照合营合同的规定向合营企业认缴的出资,必须是合营者自己所有的现金、自己所有并且未设立任何担保物权的实物、工业产权、专有技术等。凡是以实物、工业产权、专有技术作价出资的,出资者应当出具拥有所有权和处置权的有效证明。"由此可见,"三产公司"在设立担保物权四年之后,未经抵押权人同意,仍作价入股,显然违法,应属无效民事行为。

(二)上诉人在原告成立之前,即已明确告知其合营各方,"三产公司"筹建的天河大厦,资金源于我行贷款,业已设立担保物权。一再告诫:合作经营"要按法律规定"。天河大厦早已抵押,怎能作股与人合作!

(三)本案两被告人之间的抵押贷款合同业经公证登记,足以

证明本案纠纷标的的“担保物权”具有充分的公示性和公信力。其为合法，前已陈明。

（四）原告人虽然领取了“营业执照”，但时至今日，都未依法验资；而实际上，原告的外方股东，仅仅投入四部扶梯，价值据称百余万元人民币，不足其应投资额的5%，绝大部分的投资并未到位。

综上所述，天河公司的外方（即原告人），一开始签定的合作合同，就因其已经违背我国有关法律的规定而当然无效。同样重要的是，原告人根本就没有取得房产权，也没有合法的房产处置权，事实俱在，绝无疑义，无可争辩。总之，既然没有房产权，所谓侵权之诉，怎能成立？何由立案？

七、高院裁定认为，“某市也是本院的辖区，况且本案的标的金额大，并在全省有重大影响，我院做为一审案件受理是符合民诉法规定的”。我们认为，高院裁定所持的理由是不能成立的。

第一，民诉法的第二十条关于高院管辖一审案件的范围仅限于“在本辖区有重大影响”，而不涉及标的或其他因素。

第二，所谓“标的金额大”，应有限度，不得随意划定。有证据证明：与本案标的金额大体相同的案件，省高院曾指令中级法院管辖，试问为何没有统一的尺度？

第三，案件是否“有重大影响”，应以诉讼前的影响是否重大为准，案发后，因法院的违法裁决引起了轰动，于是产生了重大影响，这显然不能作为由哪级法院管辖的标准。

第四，最高人民法院(1992)22号文件明确规定：省高院应依照民诉法第二十条、第十九条第二项的规定，从当地情况出发，对本辖区内一审案件的级别管辖提出意见，报最高法院批准，方能生效。我们请求查明：省高院是否制定了方案报请批准。如没有，这种随意处置的办法是否具有法律效力，敬请最高法院明示；如已有方案且经批准，试问为何不在裁定中加以引用。

第五，省高院裁定清晰地表达了一个概念，凡是“本院的辖区”内的诉讼案件，他都可以管。这种想怎么办就怎么办的作法，往往破坏程序法的实施，不利于法制原则的贯彻执行，应请予以批驳，藉以把审判程序无例外地纳入法制轨道，忠实地维护当事人的合法权益。

此致

中华人民共和国最高人民法院

具状人：中国人民建设银行某某市支行

1993年4月5日

注：本文原刊《中国律师》，地名由编者隐去。

我为什么要陪王蒙喝“稀粥”？

——腊八答客问

王蒙先因小说《坚硬的稀粥》得奖，后因有人从这碗粥中拨出弦外之音受辱，为此诉之于法院，邀我代理讼事。诉状递出，一时沸沸扬扬；道路传闻，不免失真。腊八故人小聚，论粥人情之常，询长问短，兼有对答。记其要点，公诸世人。或可借此以正视听。

客：今日腊八，粥味可佳？

答：我并不爱粥。抗日军兴，时在中学读书，生活艰难，伙食很差，每餐分得一碗稀粥。有改良家应时而出用脸盆代饭碗，喝得不亦乐乎，招来胃炎。我就因此而经常避之了。

客：看你陪王蒙喝“坚粥”倒挺有兴趣。

答：他的那碗“粥”，得喝。这并非因其味佳质“坚”。

客：是因出自王蒙这位名家亲熬？

答：作为律师，专爱办名人讼事，以此图名谋利，或竟以此为荣，都属低级趣味。

我与王蒙，素昧平生。前不久，即在受理他的讼案之后，才读了些他的作品。《王蒙集》的首篇《布礼》，才华外溢，人品内蕴。他在当代小说史中的地位，会有公论。问题是，作家无端受辱，愤而诉请法律保护，作为律师，如袖手旁观，忍看被损害者失助，那实际上是支持损人者造成任意摆弄作家的气候，在作家中再造出一个“西湖虽好莫吟诗”的心态，这无疑是失职。你说，能不喝下？

客：既然如此，你在代理王蒙的讼案之后为什么一再谢绝记者

的采访?

答:王蒙因《文艺报》和署名"慎平"者侵犯了他的名誉权提起诉讼,一度成为新闻热点,国内域外,竞相传播。我们历来反对诉讼在案结之先就发动舆论媒体去造成一种局面,影响审判;我们主张"法庭上见":庭上会有唇枪舌剑,但总是平等地你来我往,谁有理,谁占东风。因此之故,我不想也不应在开庭以前就案件发表意见。这点心思,相信能得到谅解。

客:今天可以展开聊聊吧?

答:此一时,彼一时,现在案子已经终审裁定"不受理",当然可以谈了。不过很多地方已有报道,要我从何谈起?

客:法庭裁定"不受理",可否由此得出结论,王蒙的起诉根本就没有法律依据?

答:得不出那样的结论。很多人可能不清楚或者忘记了,最高人民法院1990年7月发布了《关于人民法院审理名誉权纠纷案件若干问题的意见(修改稿)》。其第十四条第一款明定:"以书面、口头形式公然贬低他人人格的侮辱行为或者捏造、散布有损他人名誉事实的诽谤行为,均被认定为侵害他人名誉权。"同条三款,还有第十五条三款,分别规定:广告、新闻报道失实,或者文章内容失实,从而"损害他人名誉,造成不良后果,应认定为侵害他人名誉权"。这是具有法律效力的司法解释,也正是王蒙指控被告人侵犯其名誉权的主要依据。

客:实践中有先例可资借鉴吗?

答:在司法实践中,总得有人去创或总会有事被立为第一例。现实情况是:不少地方的法院已经有了各自的首例。不妨介绍一个轰动一时的案例:记者敬永祥,在新华社的内部刊物上发表了《对海灯法师武功提出不同看法》。海灯的养子、弟子范应莲认为敬的"看法"侵犯了法师的名誉权,向成都市中级人民法院提起诉讼,并经受理在案。范的指控的内容共五点,都不及慎平"来信"中

对王蒙的无端指责为严重。这两起诉讼有个共同点：侵犯了当事者的名誉权。可你看，法院对同类案件的"立案标准"竟然完全不同，这有悖于法制统一原则大概无须多说。在我看来，没有任何根据、任何理由来断定成都中院的做法在程序上是不正确的。

客：不管怎么说法院没受理王蒙的起诉，这是否意味着原告在这场官司中"败诉"了？

答：我没体验到您说的味道。

无妨谈谈我的看法。所谓"诉"即控告或者请求。王蒙作为原告，他的请求的核心内容是：确认被告人的行为究竟是带有诽谤的故意因而侵犯了原告的名誉权，还是什么正常的批评或者争鸣？现在法院断了，"属正常的不同观点争鸣"。姑且不论是否断得在理，这一断，无疑是在实质上确认了原告的请求权，并在实体上进行了审查，难道不是吗？

客：你并没有从正面说明"败诉"问题。

答：两个要点：一个是，法院虽在实质上作了实体性的审查，但并未按照法定的程序进行审理；另一个是：法院裁定并没有从正面断定被告人的行为中不存在诽谤问题——用诽谤言辞进行所谓观点"争鸣"的实例还用多说吗？从这个意义上看问题，对原告人王蒙来说，又何败之有？

客：法院裁定明明讲的是"正常的不同观点争鸣"，这怎么理解？

答：如此追究，只好直言：所谓"正常的"，在这里显然是个模糊概念，而用模糊的词语断案很难达到准确又不言而喻。

客：看来你对法院的裁定也有自己的见解，能不能发挥一下，深入谈谈？

答：依我之见，认定被告人的行为属于"不同观点争鸣"，怕是没断到点子上。不同观点争鸣，按照中央的方针和对这一方针的界定，是指就科学问题、文艺作品在学术观点上的自由讨论、互相

争辩。可你看,《文艺报》编发的慎平"来信",哪里有科学观点？哪容人自由讨论？他们用了那么吓人的政治绳索编织着文网,把一个作家往"法网"里送(请原谅我不作词义辨析),这怎么能说是"不同观点争鸣"呢？

再发挥一句会使问题更加清楚:学术争鸣与文艺批评或有联系,但毕竟是两个概念、两种方法,不可等同,不能混淆。

总而言之,法院摆出的"不予受理"王蒙起诉的理由,经不起推敲,加之于法无据,所以实在没有说服力。

客:可否认为慎平来信属于文艺批评？

答:文艺批评有自己的规律和规矩,这一层,应留待文艺批评家们讨论。在回答你的"可否"之前,我想先说一句:那些刻有辱人、害人烙印的封建主义沉渣,在一些迷人的、正确的口号声中不时泛起,曾经使我们知识界乃至整个民族经受了多么巨大的灾难,倒恰如慎平的断言——"记忆犹新",现在哪能再上当！研究慎平那信,不难看出行文严密,在给人罗织罪状,而其方法则是:先凭空刮来一个"政治气候",再从人家的作品中搜寻"寓意",跟着就顺"意"制帽,铆上再说:罪名宣告成立。这一回据慎平考证,王蒙的《粥》文发表于"大家还记忆犹新"的那个特写的"政治气候"中,据说这篇"也恰恰是写改革的"小说,"寓意"意在告诉人们"这种改革也根本不值得去关心"。果真如是,岂非"违宪"？岂非"反党"？于是罪名铁定,板上钉钉！这,当然足以使大文豪、大哲人龚自珍"避席畏闻",哪里是什么文艺批评！

王蒙毕竟不同于龚自珍,他们分属各自的时代。他未避,也不畏,他很清楚,上面说的慎平方法只不过是承袭了《评新编历史剧〈海瑞罢官〉》的手法,没什么新鲜的,技止此矣！请想想,现在有谁还把那篇为"文革"呼风唤雨、不惜变作家成冤魂之"评"视为文艺批评？

客:可是法院裁定已是终审,能补救吗？

答：王蒙决意依据审判监督程序提起申诉。我将陪他把这碗粥喝到底。他的决心下得正确。我以为，中国作家明确无误地运用法律维护自己的尊严、名誉及其他权益，是法律意识提高的表现。有人说这是“勇敢”，我看首先是大智。作家法律意识的提高，反映着民族的觉醒。我们伟大的人民，历经盛世、浩劫、复苏、振兴，正在学会选择合于时代、合乎国情的武器，去创造那生动活泼、朝气勃发的理想的政治局面。法律可是个宝，怎么能把它拒之千里之外呢？

答后附记

《答》未问世，吴祖光先生因为《高档次事业需要高素质职工》对国贸中心有所批评，被诉诸公堂。报载：受理法院的副院长明确答复记者：“确实已经立案，但是否构成侵权，目前法院尚在调查中”。这回是真的立了。好！此“立”不由人不生出联想，援此案例，王蒙状告《文艺报》被驳回不予立案，如依审判监督程序提出申诉，没准还有“戏”，说不定能沾点国贸的光！至于问题的是非曲直，也来番调查就清楚了。不过冷静一想，“要改也难”。可能还是吴祖光先生看得比较准，有人办事恰如北方老妪吃冬柿，那是专找软的捏。你王蒙把稀粥弄成“坚硬的”，也无济于事。可是，作为律师，在法定的范围内，负有“扶软、济弱”的职责，谁说不是？

1993年“三·八”节前夕，于北京

《新格斗》序

历史证明：强权一旦包庇邪恶，并与之合污同流，轻则殃民，重必祸国。我们这方面的教训之深何尝不是史无前例！这本《新格斗》以它鲜活生动的实例，从一个新的角度反映了、阐发了这种教训的内涵，具有不可低估的价值。

作者戴煌，谊兼师友。每读他的文章总会想到《灵乌赋》中的警句："宁鸣而死，不默而生。"千年以来，范文正公传给后人的鸣默之择鞭策与激励了多少仁人志士！然而尽人皆知，这种选择千真万确是会以死生为代价的。戴煌因常"鸣"饮誉四海，也为此一生九死。

生命的存在都有自己的格局与形式。纵观戴煌的生命轨迹，朝晖晚霞，"呐喊"一词应是较为精当的概括。他口诛神化，笔伐特权；为民请命，为冤辩诬；为党分忧，为国排难；几十年从不稍懈地涉水跋山，不平则鸣，满腔豪情，正气浑成：一尊民族脊梁光照当代的夺目形象。这些言之虽易，行之却难！四十二年前能在神龛之前挺胸道"不"，雄立唱"否"，需要何种胆识？又是何等气概！即在今日，几人能够?！他是记者，党的"喉舌"，发出不能搞"神化与特权"的雄鸡一唱，宛如惊蛰春雷，然而楼高独倚，谁与之共！偶有谏者，或流或斩，即或哀鸣，也网入另册。从此千里秋风，寒蝉沉响，百花凋零，万马不嘶。他本人饱尝非人煎熬，强忍无边凌辱，子散妻离，服刑投荒；坠人社会底层，常年在饥饿线上苦撑。正值壮年，已是华发苍颜，瘦骨临风，然而童心不泯，初衷不改。"不能只为一

己活在世上，有话还是应该说”(引自《九死一生》第187页)；纵鸣声凄咽，胜于沉默。感激十一届三中全会，“派曾右”(启功先生句)终成陈迹，戴煌处境新变，却故态依旧：不趋炎附势，不投合时风，悲天悯人，一如既往，为维护弱者、冤者的自由权利，为伸张法律的尊严正义，进行了一次次艰苦卓绝的格斗，依然是一片丹心，满身风露；而这番新格斗实质上是对“两个凡是”思潮的一次短兵相接，体现出他“一生长为国家忧”的赤子情怀。

在这场新格斗中，河北王国藩扮演着奇特的角色。王国藩是个社会现象，以“王国藩”命名的农业合作社拉开了一个历史事件的序幕。同山西的那位“大叔”相仿，他也曾以“劳模”名世，生命中闪现过亮点；然而可悲的是，他们都没有力量消除或者哪怕是掩盖自己本性中的暗点，缺乏“譬如昨日死”的勇气，却抱着“实在昨日无”的谎言幻影，恃上赐特权，干出了比其历史劣迹更为卑鄙的恶行。诚然，人性的弱点、暗点有的无损于伟人人格的伟大，此种事例，不绝于书；可是，那些暗点、污点又万万不可越过道德良心的界限，不能触犯法律规范。须知每个人的历史都是社会群体历史的组成部分，因而决不允许对某一“个体”任意地乔装打扮。以《新格斗》涉及的王国藩而论，姑勿论他在历史上有多少污点，他以合作社领路人的身份蜕化为腐化分子，那卑劣凶狠的可耻面貌，与人民心中崇高、伟大、优美的劳模精神，完全是格格不入的两类形象，谁都无力把它们合而为一。倘若当事者本人想借助诉讼手段达到这一点，必然会自取其辱。谓予不信，请看《新格斗》附录的件件铁证。

《新格斗》中的殷大龙是文学现象。我虽不谙文学创作，却也略微有点文学常识，姑斗胆浅陈拙见，以为作品行世，似无妨准许“对号入座”；试想如无人对号或竟都对不上号，是否说明作品远离现实尚不能发挥其干预生活的应有作用？至于对号以后产生何种联想，得出什么结论，那是“对号者”的事情，也允许见仁见智，却统

统与创作典型形象的作家无关。历史剧《蔡文姬》的作者说:"蔡文姬就是我——是照着我写的。"(引自作者的《蔡文姬·序》)您看,号对得明白无误,欣然入了座。这充分说明:对号又绝不是划等号。有人硬要与小说人物殷大龙对号,我以为是他的自由,即使甘划等号也是一己之私,与创造殷大龙这一文学典型的作者古鉴兹无干!为繁荣创作计,不知可否将这一条立为规则定成规矩,也省得一些人寻隙兴讼无事生非。现实的情况是,一有人跳出来"对号",就有人站起来断言作家有责,甚至不惜运用司法权力!长此以往,援引为例,谁还敢集生活原型,按文学创作的规律、规则与手法,去塑造发人深省震撼心灵的艺术典型?如不改弦易辙,势将把文学艺术作品扼杀在摇篮里。这显然于法理不通,于情理难容,多少正直的艺术大家为此发出了强烈呼声,是不宜充耳不闻的。

《新格斗》的意义还不止于阐述了诸如此类的文学常识,值得注意的是,作者运用大量的资料为我们展现出一幅现实社会生活的图景:一位当年的"先进典型",居然把一部小说中的人物形象化为自己的身影,以此为契机,凭借司法权力掀起了一股"两个凡是"的复辟逆流,人民的法庭于是成为这场格斗的主战场。如此动魄惊心的画面,又令人惊诧莫名。

法律体现着或者包含了公正。治国需要公正的法律;人民需要法律的公正。司法机关的决定如果失去了公正,即令是终审判决,作用也不免等于零,有的甚至会产生负面作用。不公正的裁决,冤假错案,是社会不能稳定的一个极为重要的因素,这是让人不安的!

《新格斗》揭示了一场很不公正的审判。它突出地表现在:对创作典型形象的作家,实行"欲加之罪";对"对号入座"的现实人物,却花样翻新,来了个"欲减之罪"。尽管二者都不正确,但在这一"加"一"减"之中,正好显露出"欲"中的不公正。查其缘由,盖出于合议庭外另有力量支配诉讼的结局和判决的内容,执法人员不

得不屈从于幕后压力，丧失了独立与自律，丢掉了公正。书后附录的判词之所以缺乏说服力，甚至不能自圆其说，根源在此。

这里不拟对附录的两份判词做出辨析。忍不住要说的是：即使认为王国藩提出的“对号入座”成立，即使认定殷大龙等于王国藩，又如何？这里借用鲁迅先生妙论作答——

> 假如指着一个人，说是：这是婊子！如果她是良家，那就是谩骂；倘若她实实在在是作卖肉生涯的，就并不是谩骂，则是说了真实。

既属真实，言之何辜?！我无意指谁是婊子，也决不会去给什么人立牌坊，只是想表明：王国藩于得意不久迅即忘形，劣迹恶行，斑斑至于累累，情节严重，影响恶劣，给我们的党，给党选拔劳模的制度大大地抹了黑。殷大龙何能与之匹敌！古鉴兹的小说有哪一点哪一处败坏了他的名誉？金桂珠律师的法庭辩词相当精彩，直截了当：“如果一审判决书写的殷大龙那些劣迹，王国藩根本就没有，那(殷大龙)就根本与王国藩无关；根本谈不上是否侵犯王国藩的权；如果殷大龙干的那些丑事坏事，王国藩也沾边，那就更谈不上侵了他的权。”似乎还可以再加上一句：如果硬要认定败坏了他的名誉，这将置党的四级组织给他的严重问题所作的正式结论于何地？

归总来说，这场新格斗中包含的故事，关乎文学，涉及法律，涵盖众多人物，在一段时间里很有新闻性，更有其易被忽略的政治意义和史料价值。《新格斗》是作者对这场真理与强权激战的郑重思考和忠实纪录。

作为实录，全书反映出戴煌作为记者的才识；稍感不足的是，这种体裁之作，难以透出他的文学功底与艺术才能，倘能据此编成影视作品，不仅会补上不足，而且一定更有哲思，更富诗意！

有人对戴煌的反思之作颇有微辞，作“反思的反思”。言论有自由，褒贬自有春秋。统观戴煌文字，只求明道，不计其功，笔下有

德,纸上含情,而且往往发挥得淋漓尽致,读之如闻海上涛声,心向往之,不能自已。读者诸君,幸有同感。是为序。

1999年2月22日于北京

* 《新格斗——穷棒子王国案》(戴煌著)一书,已由学林出版社出版。

序《〈第二次握手〉文字狱始末》

始于先秦的焚书，越始皇帝的坑儒凡三百六十余人之众，中国历史两千年间的冤狱英魂何止万千！太过久远的姑且不论，看辛亥革命前夜十九岁大将军倡导的《革命军》，到文革初期一位中学生昭告的《出身论》，至本书作者的《第二次握手》，其中一件件、一次次的"小大之狱"，凡是（！）涉及书生与权贵生死之争的，必伴以刀光血影；凡是幸而存活又能不改操守不易其志者，必随以难捱的煎熬折磨。人民自己的监牢最难坐——这是一些仁人志士的同一体验。"笑问狱中何所得，斑斑血泪百篇诗。"扬帆一生革命，有泪不弹，任那血染的诗情化作心泪溶在灵魂深处。儒林尽识、饮誉四海的大秀才李锐，踡坐高墙之内，也只能躲过鹰视去制作他独创的《龙胆紫》，借以涂抹血迹伤痕。张扬瘦骨棱棱而立初度，在艰难困苦已臻绝境的景况下，以其使人感动的勇敢和智慧，直面那惨酷的狱灾现实，不忘有朝一日重拥知识科学，再来紧握人民的手！他们堪称幸运，历经几番雨骤风狂，犹能迎来"山头斜照"。张扬的这场文字大狱于此成为他生命历程的新的起点。

当代文字狱是一种政治现象。邓拓与《燕山夜话》，吴晗与《海瑞罢官》，直至张扬和他的《握手》，证明着坏政治对于文字狱宛如血肉相连。还无妨另看一个侧面：那出自"旗手"级大家之手的《李白与杜甫》，当年把水搅得比黄河还浑，作者却可以依旧沿其金光大道，盘"居庙堂之上"，不倚铁窗，应无忧患，遑论文字之狱！这难道不是政治作怪，难道不能从中悟到一点启示？

《始末》用形象给我们展示了一个无情的现实：我们经历的文字狱其实是封建专制与极左势力杂交共造的孽种。其受害者往往不限于蒙冤者个人，而是我们的国家与民族！极左的危害，一般已能洞察；不无遗憾的是，对那封建专制势力的种种表演则常常轻视之为“残余”，任由它结出苦果。诚然，封建主义，老树而已，叶或不茂；可是它根盘九丈，不易灭绝，更何况时有昏鸦夜栖；几声呱噪，预示着人间头断，岂止于散曲大师的断肠而已。《始末》在这方面也许只是反映了时代一个角落的某一侧面，但已能明证诗人流沙河的名联——“无事不登三宝殿，有权便搞一言堂”是何等深沉，何其真实。并由此而引出一条教训，是：极左思潮与一言九鼎的专制权力一旦相交，“不能走”的“老九”们注定入“网”，在劫难逃了，谁来惜你年纪轻轻，风华正茂！掩卷静思，顿生疑惑：既遭血海冲荡，何以仍无良策保证类似的悲剧不至重演？莫非国人就非得再搞个人迷信再拜“一言堂”不可？！

读《始末》易泛起浮想，苏东坡那阕旷达情浓的《定风波》忽涌心头。我在想，张扬承受了比乌台诗案更为惨酷的文字之狱，行文竟能洋溢着“回首向来萧瑟处，……也无风雨也无情”的坦荡心态，这该是他也有“一蓑烟雨任平生”的生活哲学罢。即使一生九死，矢志留取丹心，纵有憾恨，无愧后人！不过他与苏氏“何妨吟啸且徐行”的潇洒又大异其趣。翻开他的文字，传出“号子”声声，响彻云天；他肩负纤绳，一步一唤，一副古岸纤夫雄姿，迈步栈道，比那闲庭信步又不可同日而语。他似乎更爱疾行，大步流星！看他告别死神，喘息甫定，就涉水渡滩，越岭翻山，重上了自己的人生轨道。随之厉兵秣马，初战南阳，跟着鏖兵巴蜀，决斗湘江；艰苦奋战，马不停蹄。管你律师法官，封疆大吏，作家歌星，和尚法师，恶棍小痞，管你什么指令上谕，《八索·九丘》，凡属专制特权，极左思潮，腐败分子，黑暗势力，狭路相逢，统统“匕首”相向，正气凛然，义无反顾。以多姿的实践体现出民族觉醒中的赤子风采，“吟啸”难

能一抒胸臆，漫道"徐行"！

《始末》不是千古绝唱。我觉得她是作者灵魂的精神家园，作家痛苦心灵的寄托。虽非史籍专著，也甘愿重披自己历史的风尘，穿越风涛烟雨，回首往事，考今昔得失；是故不平则鸣，发出怒吼；兴之所至，引吭高歌；笔笔爱憎，举目尽是风雨难蚀的血泪。间有独白，时或低吟《韩霜之歌》，缭绕着丝丝柔情。他在平明之前雨狂风狞之际临窗高歌，一曲《安魂》，悲壮与激情交融，一派铁骨柔情！这样的作家，体内个个细胞都会有爱国爱民的情操在跳动。张扬正是那么执著地眷恋着生他育他的祖国大地。他无比真诚地挚爱着来自人民的领袖，对耀邦的崇敬发自肺腑，读来情动神伤！他以浓重的笔触，白描出一位严肃执法、刚正不阿、不谄不媚、有胆有识、智谋超常、善解难题的法官。这是一个我国文学著作中少见的形象，又是信史。法官李海初的存在，表明司法腐败的狂澜可挽，执法环境的澄明有日；在他的身上，寄托着大众的殷殷期待：一枝梧叶，传出几多秋声！

对文学我是外行，实在没有资格评判作家及其著作在文学史上的地位与作用，甚至一时也理不清楚作家在创作上是否宜兼有含蓄的风格；而对律师工作，我则坚持这样的观点：为了维护某一(种)合法的利益，明辨事理，法庭演说就该"得理不让"，慷慨陈词，此之谓也。无妨"引而不发"，却实在含蓄不得。在人们心目中，作家与律师，会有隔山之感，但读张扬作品却能别生联想：他这位作家，在一定的场合，会成为一个出众的优秀律师。您看他忠于事实、维护正义、运用证据的功力和穷究万物之理的聪慧机敏，以及那猛追不舍、滔滔雄辩、无所畏惧的气概，便知我想得有理。特别是他同一切专制特权势同水火，决不会"摧眉折腰事权贵"，他也决不会在庄严的法庭上自吹自擂我是何处几"佳"自炫，借以赚得信服，骗来"阿堵"。凡此种种，表明他具备一个优秀律师的基本条件。也许作家与律师真还有血缘之亲，不知他能否把两家合成一

体,在人民大众舆论监督的汪洋大海里形成一股令人心悸的漩涡?期待着他会以其不懈的实践给人们提供一个美妙的答案。

眼下张扬已经达到的水准与境界,应有定评;这在一定程度上来自狱中生活的砺磨。彼岸绿岛一位因文入狱的作家说过一句名言:“天下没有白坐的黑牢!”沉痛愤激中见坚毅不屈,饱含哲理。信哉斯言! 这一层大约又是文字冤狱的制造者们所始料不及的。

《始末》杀青,作家又将攀登新的高峰;我虽有落日迟暮的自感,仍愿随之前行。

书稿即将付梓,作家嘱为之序,不敢固辞;复知诗坛巨子燕祥邵公已有序如貂,谨不避苟续之讥,不顾狗尾之短,以偶感报命。是为序。

1998年11月1日于南新园

* 《〈第二次握手〉文字狱始末》(张扬著)一书,已由中国社会出版社出版。

分明非梦亦非烟

——序《黑夜与白天》

我以之为标题的邓拓这句诗里，饱含他对二十年"笔走龙蛇"生涯的无边深情，我于其独特的苍凉、无奈中感到了真真切切的自信。似乎每个忠诚的记者、编辑、报人，都能从中吸取自己所需的养分。

这本集子的作者，是个带着地图昼夜兼程采访人生足迹的年轻旅人。他没有青年萧乾那样的机遇，能在旅途中睹满天火光，听动地炮声，嗅呛人硝烟，写出纷飞战火中的《矛盾交响曲》和战后的《南德的暮秋》。我也无意对照邓拓的光辉一生，与之相比。他另有战地，也懂得身肩的使命，于是在不断的奋进中留下痕迹，段段片片，滴滴点点，组成自己的交响乐章。

他足涉大山名川，采访达官闻人；可贵之处却在常能眼睛向下，注视社会基层，关注鲜为人知的百姓众生。他在游程中不同那些"望天鱼"为伍，是值得称颂的品格，是一个优秀记者取得成功的先决条件。

请读读那篇《第一个殉职法庭的女律师》，作者以"心香一瓣吊忠贞"（邓拓《挽黄敬》）的虔诚，为我们报道了一个动人心魄的鲜活的形象，推动着中国律师跃上历史舞台。女律师黄惠莲的业绩也许不如往昔文艺作品中施洋的那般悲壮，而桂明却扎扎实实地向世人展示出了她的真诚与刚直。以济弱扶贫为己任的当代中国律师，眼下在骨头里，不正需要这份真诚与刚直吗？黄惠莲不是天边

的一抹彩虹，她宛如走出茫茫黑夜的漫天朝晖，霞光万丈，射出浩淼的希望。秋瑾有诗说："吾侪得此添生色，始信英雄亦有雌。"我虽时感落日迟暮，也不禁生出几许豪情，相信必能激励着那些因维护司法公正而暂蒙屈辱的狱中战友！"莫怨风尘多扰攘，死生继往即开来。"（邓拓《祭司马军城》）我们应无所怨尤。既然选定了这条护法的路，首肯了以法治国的方略，就只能迈步疾行，义无反顾，死而后已。这是黄惠莲形象给我们的教育，桂明笔底流出的启示。

世无全才，桂明自不例外；可是他作为法制记者、编辑，直到作为总编主持《中国律师》的笔政，无论采编、策划，或是经营、发行，却的的确确无一不强。他在这些领域里创出的业绩，我自愧不如。书中编入的文字，也仅能体现他的心路历程，绝非他辛勤耕耘、艰苦创业的全部成果。

诚然，这里没有鸿篇巨制；但那字里行间耀动的闪光，却能映照出特定历史条件下中国律师这个群体的业务实践和社会生活，预示着前程的澄澈光明。他会抓"焦点"；按说记者编者通常都能。桂明之长又在善于"透视"。你看他通过诸如"中国的廉政风暴"这样的焦点问题，透过"发生在江西省人大会议上的怪事"之类的典型事例，令人触到肌体上鲜血淋淋的伤口，仅此一端已弥足珍贵。"一切文字，我爱血书者。"尼采此说，颇有深意。更何况桂明还要透视那血染事务的本质，进而说明即使有了较好的生存条件，也决不等于自然会有质高的丰富生活，由是呼吁积极疗救，要求对产生"伤口"的每个环节都实施有效的监督。舆论监督，有人爱之，有人厌之。我们之所以甚爱不移，无非是因为她千真万确地起着保护众生、稳定大局、推动社会进步的无可替代的作用。桂明用实例说明了监督与稳定的这种关系，证明了所谓实施监督会不利于稳定的观点不符合实际，极其有害。愚以为这是书中精华，似不宜等闲视之。

请勿以"成熟"之论作求全苛求。成熟，对谁都是个过程，一般

都在呼吸的终止。本书作者以他永不懈怠的创造性劳作，记可传之人，叙感人之事，抒不忘之情，一环一节，为一个“生命链”的圆满形成奠定了基础；目前犹在“过程”中运动，远未到达他生命辉煌的顶点。不过我又情难自禁地生出了一个想法：贝多芬在三十三岁上完成了他那不朽的《英雄交响曲》，恰在桂明今日的年龄段。我与桂明结交十五年，友归忘年，情属忘形，兼有同道之谊，我有理由期待，这位风华正茂的法治旅人，会在他深沉的忧思中，高歌一曲维护法治清明、司法公正的《正气歌》。我们更有理由期待，这位《中国律师》的总编，穿过对命运的坚韧抗争，通过对事业的不懈追求，谱写出中国律师的《英雄交响曲》！

《黑夜与白天》，有幸先睹，桂明嘱序，谨以心感与心得报命。

1999 年 9 月 1 日凌晨于北京

《中国律师制度与律师实务》后记

校完本书的大样，回顾一下我们愿意为之献身的事业，抑制不住时时涌起的激情，想与我们同经风风雨雨的战友，共历甘甜艰辛的同行，说上几句心里话，故有此后记之补。

我们中国律师，沿着一条蜿蜒曲折的小路，终于开始迈上康庄大道，其间真可谓血迹斑斑，汗珠点点，太不易了！目前我们又到了一个新的转折点，中国律师制度大发展的历史时期已经到来。新的时期，新的情况，必然地要提出新的任务，带来新的问题。怎样分析我们的工作现状，研究新的问题，解决新的任务，似已成为我们全队律师的首要责任。我们每个人都应责无旁贷地挑上这副担子，于是想发点议论，写点东西，乃有本书之作。

我们是仓促上阵的。辽宁电大副校长彭忱同志的鞭子起了必须策马疾行的作用。他对于法学教育、特别是对于律师工作的热情与卓识，以及他希望律师实务这门学问早日登上学术殿堂的激励，促使我们熬过了多少个不眠之夜，方能在一段不长的时间里草成了上二十万字的初稿。限于时间，主要是由于水平不高，我们搜集到的材料带有极大的局部性，我们的归纳不可避免地会有片面性。有的问题，虽经思考、研讨，也仅属一管之见，至今没有绝对把握。然而我们又不怀疑，其中会有一些于人有用或者有益的东西：一只红烛，一个绿包，蓝线一根，白钮一粒，说不定会在急需的时候派上用处。因为这中间无不闪耀着我们近万个律师的集体的智慧。也恰恰是在这个意义上，我们对于全国各地的同行们满怀着

战友的感激之情。没有我们全队人的汗水，根本不可能浇灌出终于破土而出的这株“山花”。

然而她毕竟太嫩太弱了！

从目前实践中提出的一系列问题来看，我们的律师制度十分需要一根坚实的理论支柱。我们坚定地提出关于中国律师法学的“设想”，根源在此。由于我们全队的理论准备还不充足，更由于我们自身连实践经验都很不丰富，这里提出的设想又只能说是一个雏形，有待于日后的充实，有待于大家的修正。我们期望，这里反映的某些观点或者提出的某些见解，会引起争论。这不仅正常而且必要。我们近年来时时感到，在中国这块土地上，关于律师工作的一场空前规模的讨论即将来临，这是我们的事业将能健康前进的重要先决条件。我们怀着热爱律师事业的豪情，准备着这场论战的降临。我们持有这样的信念：这场论战必然会带来律师工作空前兴旺的巨大发展。这里的文字不是为论战而作。她还不是我们对于中国律师工作的科学的理论总结，或者也算不上一本著作，然而她却是我们两代律师所作的一次严肃的郑重探索。对于我们来说，这仅仅是一个起点。中国律师的那股对工作的热情，那种对事业的执著，是一种极其巨大的动力，鼓励着我们百折不回，九死不悔。我们一定要前进在我们的队伍里，擎着法制与民主的律师的鲜艳旗帜，攀登上我们应当达到的顶峰。为了这个缘故，我们，不，我们全队，应能在不长的时间里，在各自的研究领域，发出我们的议论，写出我们的系列性著作，作为我们两代律师为社会主义中国律师制度奠下的块块理论基石，使之常盛不衰。

行文至此，我们压不下心中的情感：无论这本书有多少缺点漏误，她都是我们奉献给同行们的一片真情，一点心血。

那么，她的缺点又在哪里呢？我们以为主要表现在两点上：一是对律师制度所作的理论分析不够系统，一是对律师工作中的重大问题，诸如实务技巧的研究、诉讼证据的运用，漏未涉及。我们

把这里的两大缺点相提并论,是由于我们把律师实务看成一门应用学科,认为应给予它一定位置的缘故。除此之外的缺点乃至错误也在所难免。然而我们并不因此而自轻自卑。相反,我们在看到本身缺点的同时,又因有现在的这支队伍而不断萌生出自重自爱的心情。就整体来说,我们这支队伍是可以信赖的。我们也不自馁,因为我们从各地同行,举如江苏、广东、辽宁、河北、浙江、上海、北京的经验中吸收了营养,这些营养不仅滋补着我们,而且会促使我们的队伍日益有力量。这本书中运用、借用了各地的许多经验,就是一个例证。我们如能集各处经验为全队的最高智慧,“你中有我,我中有你”,把“每一个”都升华为“我们的”,就定能把零散的、片段的收获形成为巨大的物质力量。正是在这个意义上,我们想说,这本小书尽管不美,她属于我们全体,北京的一些战友也恰恰是基于这点想法,给了我们真诚的帮助,有的和我们同披春寒共度长夜,直到脱稿。对于她(他)们,又何止是一般的感激,那共呼吸的拳拳情谊将使我们终生难忘。正因为这本书属于我们这个整体,于是又有了对同行读者们的殷切企求,希望把意见寄给我们,以滋养日后的再创作再提高,使之终能达到比较理想的境界,使之终能无愧于我们的集体和我们的事业。

辽宁人民出版社的同志们出于对律师工作的热情和关注,仅两个多月就出了这本书。这样的高速勉我们不敢懈怠,促我们奋然前行。谨以两个普通律师的名义,向他们表示敬意。朋友们,在你掩卷之余,务请给予指正。

1985年6月12日,于京郊

银川夜访金锡铭

金锡铭作为全国第一位市长法律顾问，律师界并不陌生。借宁夏回族自治区律师协会召开第二次代表大会的机会，记者（即张思之，编者注）就法律顾问工作与之促膝夜谈，摘记要点如下：

记者：听说，石嘴山市市长有"铁市长"之誉，与你们做他的法律顾问有直接关系，这能否说明顾问工作的特殊重要作用？

金："要当铁市长"，是我们的建议。事情起自市汽车运输公司拒不执行市政府就建设用地问题所作的裁定书，并且告到自治区政府，有两位副主席亲自下来查询。我们对市长说，必须坚定不移地执行裁定书，严格执法，当"铁市长"。

记者："铁市长"，这是个很有意思的提法，请问有哪些特征？

金：基本特征是运用法律手段实施管理，包括行政管理和经济管理等等在内。

记者：作为市长法律顾问的首创者，是需要勇气的。

金：关键在于，市长的施政观念中有很强的法律意识。当年的李俊杰市长明确说过，要请律师"帮助市长依法治市，促进全市的法制建设"。这样，双方"一拍即合"。

记者：依法治市，是个总的概念或总方针，法律顾问工作该怎样体现这个方针？

金：作为"塞上煤城"，石嘴山市是新兴工业基地。结合这个实际，我以为首要之点是抓住依法管好经济这个中心环节。在这方面，我们将工作重点放在解决建设中出现的新问题，而不是着力处

理遗留问题。比方说,地面的土地权属是否能延伸到地下资源;矿区地面建设,是否需经政府土地管理部门和城建部门批准,等等。我们对照矿产资源法、土地法、城市规划条例进行了论证,为市长写出《备忘录》,基本上解决了这些领域中如何"治"的问题。

记者:经济领域里法律问题多,也复杂,如何帮助市长把好关,看来也挺重要。

金:可以举出实例论证这一点。甲厂经决定停建后,厂党支部副书记未经批准与某个体户订立合同,将生产用地千余平方米转让给个体户建石灰窑。不久市政府决定将甲厂并入水泥厂,扩大水泥生产,但因石灰窑的存在而无法扩建。我们指出,企业停建,已无法人资格;副支书与人签约,应属无效。市长批示同意。后因个体户坚持执行合同而涉讼。一审认定该土地转让合同有效,判令水泥厂赔偿个体户损失 11 万元。我们在上诉的同时,受市长委托向具有司法监督权的人大常委会递交《备忘录》,要求对一审判决的合法性进行审议。最后由二审纠正了一审的错判。在这类问题上,我们起到了顾问的作用,把住了法律关。

记者:依法治市,说明法律是一种手段,那么,运用这种手段的目的何在呢?

金:在我们这里,我看主要目的在于促进生产力的发展。为此,举例说,我们特别注意派出有专长的律师,帮助亏损单位、濒临破产的企业搞"转产",在引进技术和设备,培训管理人才和技术工人方面,提供具体、有效的方法,即用发展生产力的办法,使它起死回生,偿清债务。效果相当理想。

记者:这样一来,法律本身也就有了生命力。

金:法律有生命力,顾问工作才有活力。在工业城市搞法律顾问,只有使法律与经济、与技术结合起来,才能实现顾问的任务。其实,如你所知,经济和技术工作中都涉及法律,不用说各类合同、财会制度,在设计规范、施工规范、验收规范以及质量管理中,不是

都有法律问题吗。

记者:这又提出了一个问题:你们所里的群体素质如何与既懂法律、又懂经济、技术这一客观要求相适应?

金:这一点,可能恰是我们的特色。我们现有的十四名律师中,都分别兼有经济师、工程师、会计师的资格,而且都学有专长。在工程师中,有懂冶金的、懂建筑的、懂机电的;在会计师中,既有财政、金融、审计人才,又有懂商业、工业、建筑业的会计专家。问题还不在这些个体的优势,我们处理事务,尤其是全市性、全局性的事务,主要依靠群体智慧。我们参加过一些全局性的战略论证,没有相应的群体智慧,就不可能实现顾问的职能,完成市长委托的任务。

记者:你原来是搞经济工作的?

金:干了二十多年,是经济师;后来自修法律专业,靠实践,属"半路出家"。

记者:群体智慧,似乎也有点抽象。你们在工作中怎样发挥群体智慧解决全市性的生产问题、经济问题,有什么具体要求?

金:我们要求在经济或生产中达到"技术上可靠,经济上有利,生产上可行,法律上允许"。这四点似是顾问工作的应有之义,但真正做到,我体会并不那么容易。

记者:是否还有方法与组织问题?

金:想到一处了。说两条:方法上,要突出抓关键工程、重点项目。组织上,尽管我们有点人才优势,但从实际出发,还得注意另请高明,把专门人才聘进来,当顾问的顾问,智囊的智囊。这无疑增强了我们的"力"。我们本身不"硬",何敢建议市长当铁成钢!

记者:你们的实力强,工作好,但并不注重经济效益,这一点有口皆碑。

金:我们从一开始就坚持社会效益第一,所里同志对此都十分赞成。

记者:你们的队伍够得上"五湖四海",但工作协调有力,与你们提倡的"团结奋进,一丝不苟"的精神和作风大有关系。

金:从内部看,制度保证也很重要。我们有一整套的制度,保证各项工作井然有序。从外部看,市长给我们创造了许多开展工作的条件,一有机会就讲法律顾问的重要,这无疑具有决定性作用。

记者:看来你们所称得上"得天独厚"。

金:是的。天时、地利、人和皆备,剩下来就该"英雄用武",艰苦创业,不断创新了。还得强调一下:自身不"硬",外部条件再好也难以成大事业。光有"铁司令",没有"铁军"怎么行!

1989 年 5 月 4 日夜

律师路上的断想

西哲培根说,"读史可以使人明智"。他的历史观与司马光的略同,也是要人们对既往作出"鉴、考",衡量兴衰,补救所失,聪明起来,以利前行。世纪将终,又届暮年,不免回顾来路,似出于情,实合于理。更何况时见飞流险滩,常逢雨横风急,多姿多彩,不禁神往。

一

我跻身律师队伍,说得玄点,是偶然中的必然。

想当初,二十世纪五十年代,"根红苗壮"或者"立场坚定"的革命派,一般不会被选入律师队伍。这种情况延至八十年代初似乎都无大改变。复员转业军人因政治可靠立场坚定往往被"公检法"吸纳而极少有充当律师者,就是明证。我于1954年先是因"胡风一案"被整;终因与胡先生素昧平生,又很少读他的书,沾边不上,只好不了了之。跟着,按年头进人1955,就又以"反革命"遭肃。残酷斗争,无情打击,补上了未蒙康生之流"抢救"的一课!尽管最终也得到了一个让人啼笑皆非、堪称"求实"的结论——"经查,不是反革命",但再充法官似已不宜,自己也觉得"不如离去",偏巧律师新兴,正在招兵,政治条件要求不高,一位分管人事的老同志对我说:"去律协吧,咱们还在一个系统;你去,是顾问的顾问。"于是,我戴着一顶"华冠"干上了律师。那时律师方兴,乔木同志还不可能唱出"你戴着荆棘的王冠而来"那样悲壮的歌。

按年头与年纪，我是个五十年代的老律师，但实在有愧，我的那段律师生涯，基本上在行政事务中度过，总共办了一个半案子。一件是因为南斯拉夫一个法律代表团要求旁听律师的法庭辩护，受命办了一个抢劫案，算是有了我的“处女作”，可惜当时什么都没留下。那半件则是当年颇有点名气的罗抱一离婚案。那年头，干部中的离婚案子本来就容易闹得沸沸扬扬，加上我的当事人是中央人民政府的第一批重要经济官员、外贸专家，女方是北京一所重点中学的令人尊敬的模范教师，国内外有些报刊一渲染，自然引出了轰动效应；万人关注，应属实情。这个案子耗去我两三个月的时光，可是未及得出结果，我就迎来了“五七”惊涛，被骇浪卷去。对于这半个案子，我至今坚持这点看法：当事者是开初相当美满、后来实该分手的幸与不幸的一对！谁之过呢？说得清，又难说清。艺术家朱明瑛与丈夫分手时三步一回首，那种特殊的心态又何必去说清！我那时阅历不深，从中增长了见识。作为律师，懂得世事，是必修课，太要紧了。

总而言之，我对于五十年代律师开创时期的工作无建树可言。毫不夸张地说，路该怎么走，甚至没有想过。在一片懵懂中就再度让人扫人“另册”，一个年富力强的生灵从此在另一个天地里摸爬滚打，一晃就是二十年！

二

律师制度重建，我办的头一件案子是李作鹏反革命案。我那时的心态基本上是小心翼翼地学着“为政治服务”，心想对于这样一件全国关注、全球瞩目的要案，在主要方面，要按上面的意志办事，其实根本就没深人思考法律与政治的关系，从而不可能有突破性的建树；但我毕竟还有着强烈的职业责任心与特定的使命感，加之蒙受过“左”倾思潮的反复冲激，经历了“文革”的“洗礼”，已经懂得了一些世事，所以还能在职责范围内尽到了最

大的努力，也曾把注意力集中于维护我的当事人的合法权益，小有所得。诚然，李作鹏有他自己的看法。我与苏惠渔教授和他谈话结束行将道别时，他冒出了一句："写了首诗给你。"我有点情急，想马上看，不料他却告诉我："二十年后给你！"我无可奈何地答复他："那好，我等二十年。"

以后又陆续办了一些案子，在办案过程中，我常常扪心自问：作为律师，你及格吗？你做到了无愧于人、无愧于心吗？我不能忘记许多年前的一次失误。当时，我与朱华荣教授一道去会见一个被告人，由于感情上的偏执，没有帮助她去行使一个公民应有的诉讼权利，削弱了辩护权，证明着我在这个环节上的尚未及格。我会日益深刻地认识到问题的严重性质，因此而自责终生。

之所以发生那样的失误，除感情因素外，还在于：我缺乏一个律师应有的哲人气质，满足于"我做了"，而忽略了"我在想"；可是，经验证明：如无后者，如不能通过思考从而在实务中提高悟性，归根到底，只可成为事务家，是庸才。

三

一道难题的解析——

律师的职责法有明定。为了有效地履行职责，维护当事人的权利和利益，最为重要的是，要与专断和特权势同水火，关注与分辨法律上的是非。律师在法律上丢掉了是非观念，也就丢掉了尊严，丧失了存在的价值。国贸中心惠康超市的两名男工作人员，对两位年轻女士公然非法搜身"检查"，再也料不到最终在我们律师的引导下达成了一个不清不楚的"调解"协议。这在实际上认同了这样的侵权可以存在，于是不仅损害了被侮辱者的合法权益，而且损伤了律师的形象从而使我们付出了高昂的代价。这个发人深省的教训很能说明上面涉及的问题，对不对呢？

作为律师，我以为应当是一个天然的人权主义者。身处封建

专制传统绵亘千年不衰的境地,漫说芸芸众生,"肉食者"的权利意识就历来淡薄,适用法律维护人权恰恰是律师的"正道"。我们的这点信念,这种意志难道不该坚持?

随着工作的发展与律师队伍的不断充实,我们有了越来越多的机缘参与一些政治性很强或者受上层关注的讼案。承办这些案件,尤应着意分清法律上的是非,做到坚定不移地依据法律规范处理问题,实在不宜用那些陈旧的片面的观点去处理事涉法律的诉讼。经验表明:让政治或者长官的意志凌驾于法律之上,必然会形成行政权力支配一切的局面,从而使一切都政治化,于是律师也就演变成了行政权力支配的"驯服工具",还谈什么维护人的权利!我在这方面也有终生难忘的教训。

在律师实务中,行政的干预往往是对于我们能否坚持独立人格严格依法办事的考验。我体会,面对权威或者权势或者权贵,如不能做到"威武不屈",无疑会蜕变为懦夫。因为依据宪法和法律我们有说"不"的权利,问题仅在有没有说"不"的智谋与勇气。我承认现实。受各类案件与各种情势的制约,人的命运不免受"长官意志——上级决定"的左右,而且往往无法说"否"。不过,即使面对这种情势,也得顽强地要求有个合理的"说法",诸如请求说明您的意志源于何处,您的决定有何理由与根据?这是实行法治的原则要求。谁都无权否定法律的权威性。既然如此,法律怎么可以任由某位长官的"自由意志"呼来挥去呢?能认可长官意志高于法律的权威吗?

历史经验反复证明:长官个人凭借行政手段专断地审查乃至断定"个案",极易剥夺人的权利,极易形成"冤假错";运用行政手段非分地干预律师实务,必然产生执业中的虚伪,导致律师人格的滑落。这决不是反对对于律师实行"国家管理"。恰恰相反,我们希望这种管理与"行业管理"一样都能够加强,关键在于管什么和怎么管。我们仅仅是不赞成把律师沦为长官体现个人意志或者政

府机关实行国家意志的工具，如此而已！纵观上下，环顾左右，国家意志统制一切的局面早因计划经济的改制转型成为陈迹，那么，允许国家意志统制律师业务的情况又有什么理由不该改变呢?

解析这道难题，必然会触动现行的《律师法》并提出修改的任务。目前的这部《律师法》，尽管有其里程碑的意义，但它毕竟没能实现全面调整律师制度与律师实务的各个方面和各种关系的任务。诸如充分地估量与确定律师在审判制度中的地位和作用；合理地调整律师执业中与司法权力和行政权力机关的关系；周全细致地规范律师的执业权利，特别是办理讼案时的调查研究的各项权利，或漏或疏，显得单薄，在一些重要环节上也就很难起到减少或清除律师执业的阻力和障碍的作用。要求修改《律师法》，只是希望更好地工作，在"析理"时，没有后顾之忧。法律是工具不是目的；法律规范是办事的准绳而不是自缚手足的绳索。工具如无助于达到既定目标却成为绳索，理应修订。法因时变，律依势改，历来如此，不应依人的意志为转移。

四

实践证明：律师为了有效地去维护人的权利履行职责，须有多方面的职业才能。就其主要的而论，一要善于透过五光十色足以惑人的现象，弄清其间或其中包含的法律关系，揭示出待决问题的实质；二要能纯熟地适用法律解决实际问题。

为了解决问题，从整体出发，应尽可能地扩展律师的服务领域；从个体考虑，则宜着力精通某一或者某两三项业务；但不论从事哪项业务，都不能像有的律师所公开宣告的，说"我的天职是办案"。办案是手段，通过它去追求一个终极目标；对具体对象而言，主要是维护某项(种)权益，特别是宪法明定的各项政治权利；对整个社会来说，则是为了实现民主，健全法制，从而建立起一个和谐的、健康的社会秩序。

为了解决问题，办理实务应有科学态度：尊重事实；不畏权势；敢于负责。还应提高业务素质，即解决问题的能力，主要包括四个方面：逻辑思维的能力；求实的能力；应变的能力；表达的能力。

这些能力要体现在析理上。律师的析理，需要知识与智慧，需要理论勇气。具备明辨事理、追求真理的勇气才能产生律师特有的宽阔胸怀，才会排除那似乎无处不在的功利性干扰，一往无前，义无反顾，穿越天苍野茫，让道理、公理深入人心，长存世间。我在析理中时有浅尝辄止的缺陷。在实务中着力于以论证控方的“指控”不能成立，替代被告人何以无罪的事理分析，就是极其恰当的证明。对此不可以从客观上寻找原因自谅，那也是自己不具哲人气质、思想境界不高、缺乏析理勇气而结出的涩果。咎由自取，搪塞何益？

研究这个问题还必须考虑律师工作的特性和各项业务的特点，不能对律师及其工作要求划一。就律师个人而言，客观上要求各具个性：思维，感情，胸怀，才能，风度，风格，方式，方法……无一不是“这一个”。多姿多彩的“这一个”将能显示我们“这一个”统一体的非凡智慧和力量。而从实务（事）上说，似应充分认识到一个易被忽略的问题：律师实务的本性在于创造。唯独创，能见个性，方有特色，才会锻炼出“这一个”。反之，失去了创造力，我们的实务必将黯然失色。由此可知，这里所要求的创造，就不仅止于一般意义上的永动状态，而是指对于理想境界的永不止步的追求！创造历来担风险，因而须以无私、无畏为前提；不过当你看到那每一次创造的结果都会使我们再次得到了新的发展的机会，又是何等快意！只要能有发展，我们倾注心血为之奋斗的律师事业就决不会失去生命力。

归根到底，我们履行职责办理实务的目的又决不限于处理好个案。重要的是，要能通过解决个案涉及的具体问题去表现一种世界观，去体现我国法律文化的优良传统、我们民族的特征以及时

代的特点，去反映人民大众的愿望和需求。集中到一点上，就是要体现我们的作用和力量，借以培育出健康的秩序，创造一个合乎理想的环境。

五

一个基本问题——

二十年艰苦创业，为我们培育了一批又一批真正的律师，这是我们“十万大军”的脊梁，律师制度得以不断发展的基石。

真正的律师，似澄澈见底的潺湲清流，如通体透明的光泽水晶；是真正的人，表里如一，道德崇高，事事处处体现着人格的完善与优美。

真正的律师，必有赤子之心：纯正善良，扶弱济危；决不勾串贼官，奔走豪门，拉拉扯扯，奴颜婢膝；决不见利忘义，礼拜赵公元帅，结缘市侩，徇私舞弊；他自始至终与人民大众走在一起。

真正的律师，实是一团火，从点燃到熄灭，持续放着光，散着热。艺品高超，仗义执言；爱爱仇仇，义无反顾。

人们会在新的发展中呼唤着优秀律师的涌现，以便构建起中国律师制度的富丽殿堂。

什么人称得上“优秀的”？作为当代中国的优秀律师，除上面所说的特征之外，似乎还应具有——哲人的智慧；诗人的激情；法学家的素养；政治家的立场；四者统一于科学的使命和职业良心与社会正义之中。目前我们奇缺而又至关重要的是哲人。我们这支队伍历经二十年磨砺至今不能达到一个处处放彩满队生辉的境界，我认为首先是存在着这样一个致命的弱点。

这不是苛求。诚然，达到那样一个“四合一”的境地相当不易；然而既然是使命所在、社会需要和职业良心的要求，我们就应当登上这个高度。

在当代中国，登高或有风险；但我的感受是：我们的最大风险

是起自平地的“自毁”与“自误”。颇负盛名的哈市S律师，于执业中被错判为有罪，经千日争辩终获纠正。思前想后，又非空穴来风，其中毕竟有它值得记取的深刻教训。我决不怀疑，只要永葆浩然正气，不同邪恶合污，任何风险都将因“自爱、自重”而最终化为烟尘。“顾此耿耿在，仰视浮云白。”我们也要有自己的《正气歌》。

但这不是短期之功能达的目标。培育出一个优秀的律师，不经多年历练难成气候，难能达标。因此之故，最好不要刻意地追求或者轻易地许人以“优秀”或者“几佳”的桂冠。名不副实，影响所及，岂止是个人的形象！

不无遗恨的是，我终此残生，怕也难能达到那样的高境界。然而我们年轻的队伍里毕竟涌现了一批批夺目的标兵，不日再能培育出高瞻远瞩、方向明确、胸有全局、气度恢宏的战略家统领队伍，中国律师就一定能不断登峰，雄踞东方，也一定能“纳千顷之汪洋”，高歌“大江东去……”。

2000年1月2日　稿

2000年9月18日　改定

附录:律师兴则国家兴

江 平

律师,对于我们这一代人来说真是又熟悉、又陌生的名称,五十年内一半熟悉,一半陌生。在中华人民共和国建国五十年中一个职业遭到历史这样截然不同的评价,律师可以说是最有代表性的;但是,不论历史如何不公正地对待律师,律师毕竟对共和国起到了它应起的作用,律师中也毕竟有一些杰出的人物,需要历史把他们记载下来,我想,这本书的用意就在于此。

一提起律师,人们自然会想到在法庭上他们“凭三寸不烂之舌,挽狂澜于既倒”,以自己的智慧、辩才和法律知识去补足和扶正司法天平的缺陷和倾斜,律师作用绝不可低估,心中真的感到:“成也律师,败也律师。”

一提起律师,人们往往羡慕不已——“无拘无束多自由,谈笑之间黄金来。”但一些律师私下谈起来,往往也有许多难言的苦衷,真是“强装笑脸拉关系,个中滋味谁深知。”人们往往只知其乐,不知其苦,于是心中又感到:“苦也律师,乐也律师。”

一提起律师,人们往往会联想到律师的高大形象,不畏权势,为民请命,真是“为弱者呐喊,向强权抗衡。”但律师业发展到今天确也泥沙俱下,鱼目混珠、趋炎附势者有之,唯利是图者有之,玩弄法律于手掌者有之,名声败坏如讼棍者有之,心中因而又感到:“善也律师,恶也律师。”

一提起律师,人们总会把它和民主政治联系起来,说它是民主

的镜子也好，说它是人权的卫士也好，无非是强调它在法治建设中不可替代的作用。共和国五十年正反两方面的经验教训都无可辩驳地证明：律师兴则民主兴，律师衰则民主衰，甚至可以更进一步说，律师兴则国家兴，律师衰则国家衰，心中又深深地感到："兴也律师，衰也律师。"

成败、苦乐、善恶、兴衰，写就了五十年残缺不全的律师史和律师人物。

律师应当是一个令人肃然起敬的职业，这本书中的诸公就是令人肃然起敬的人物。像张思之那样半生受屈，一身胆气，不畏权势，只向真理低头的老律师更是我心有灵犀的仰慕者。

律师啊，你应当比其他的人更首先成为一个真正的人！

国栋嘱我为此书写序，我感其在《中国律师报》工作期间，对律师制度多有思考，为律师权益仗义呐喊，欣然应允。沉思良久，将心中欲吐之言，付诸笔端，同时将此书推荐于读者和律师们，也以此序求教于读者和律师们。

二十世纪末于北京

* 此文是中国政法大学校长江平教授为《中国大律师》(孙国栋主编，西苑出版社出版)一书写的序。

后　记

恰在稿成之时，11 月 27 日，记者戴煌和《南方周末》等家媒体被诉"名誉侵权案"的一审判决传来。正如上月原告方所公开宣扬的情况：被告败诉，各被告人除应"道歉"外，共赔偿原告李淑琴母子"精神抚慰金"24 万元。我曾于 10 月 12 日致电法官，询问何以对方当事人在宣判之前就先已得知判决主文，而且如此具体？法官虚与委蛇，支吾其辞，最后答道："我没说过，不过可以问问另一个合议庭的法官。"其实我并不看重"谁说"，我看重的是，挂着国徽、喊着公正的地方，为什么会这么干！律师不可以也无能为难法官，我无意让她作答。

看了判词，又未出所料，判决原告胜诉的根据竟是一份从形式到内容都不具有证据效力的"调查报告"。对此，编入的《媒界在审判席前的抗辩》有相当详实的披露，其要点是：原告方为什么要在这份"证据"上变造作伪？细查哈市中院判词，"对转载（戴）文其他诸被告，本院予以批评"之类的行文醒目，尽管空泛，却含威权，不知何以对公然的伪证竟不吭一声？还有，合议庭明知证据作伪失去效力，居然在全部庭审程序终结以后，又采取步骤，"依职权自行收集调取"了这份"调查报告"，非法恢复程序，强行认证，断言其"真实，合法，……予以采信，可作为认定本案事实的证据"。实现了以"补救"方式"替代"原告方当事人举证的任务，甚至没顾上研究"自行收集调取"的此"证"，同样具有瑕疵，根本没有效力。强词夺理，一至于斯！滥用"职权"，一至于此！

可是，我至今不信真有人能只手遮天！那篇《抗辩》中列举的事实，谁能推翻？其中评述的观点，谁能驳倒？适用、援引的法律规定，谁能否决？

然而我又记起了中国政法大学的王涌博士在今年1月公开发表的那个动人心魄的观点："在法律的时代，背叛正义所需要的已不再是暴力，而是技巧。一个是曲解法律，一个是玩弄证据。"他讲得多么中肯！难道我们应该忍让一些人轻轻松松地为这个观点提供例证？面对曲解法律、玩弄证据的现实而保持沉默，何以为中国律师！因而只能沿着法治的轨道，抗争下去。

最后，也是我要写《后记》的最主要的目的之一，是感激学林出版社热忱出书，这种热忱，给我以激励，促使我不断努力。

我与傅可心律师十年共事，助我甚多，友归忘年。蒙她应允作序，除褒扬之笔不宜轻信外，其中涉及的一系列观点至今犹发人深思，于我有益，谨对她表示诚挚的谢意。其他年轻朋友们给予我的关注和帮助，恕未一一。

2000年12月1日，北京